Série A N° 60

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

LA DISTINCTION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES ET ORDINAIRES

DANS LES DIFFÉRENTS ÉTATS DE L'EUROPE MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PAR

JOSEPH LAMPERT

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. J. DELPECH, professeur

Suffragants : MM. MARCEL PRÉLOT, professeur
EISENMANN, agrégé

Société Alsacienne d'Edition „Alsatia"
MULHOUSE
1931

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548010_0049

Série A N° 60

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

LA DISTINCTION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES ET ORDINAIRES

DANS LES DIFFÉRENTS ÉTATS DE L'EUROPE MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PAR

JOSEPH LAMPERT

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. J. DELPECH, professeur

Suffragants : MM. MARCEL PRÉLOT, professeur
EISENMANN, agrégé

Société Alsacienne d'Edition „Alsatia"
MULHOUSE
1931

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

PRÉFACE

Il serait vraiment présomptueux de notre part d'essayer une justification de notre œuvre, et d'en faire l'éloge anticipé auprès de nos lecteurs. Nous les en laissons juges. Contentons-nous d'affirmer pour notre excuse, qu'en présentant ce livre, nous ne faisons qu'obéir à un antique usage qui veut qu'avant de coiffer le bonnet de docteur, les étudiants couchent par écrit le résultat de leurs mûres réflexions. Nous n'avons fait que suivre leur exemple, modestement, humblement.

Nous ne pouvons cependant nous empêcher d'exprimer ici notre reconnaissance à ceux qui par leur bienveillance nous ont permis de goûter aux joies pures et élevées de la science juridique, et que nous aurions aimés voir assister au grand complet au couronnement de nos efforts, qui sont aussi les leurs.

Nos hommages vont ensuite à M. le doyen et à MM. les professeurs de la faculté de droit de Strasbourg, dont nous avons eu l'honneur de suivre les leçons et d'être les disciples. Monsieur le professeur Delpech, que nous remercions d'avoir bien voulu accepter la présidence de notre thèse en remplacement de M. le professeur Carré de Malberg, ne nous en voudra pas d'adresser ici à son vénérable collègue en retraite, nos regrets les plus sincères et l'expression de la sympathie la plus vive que nous éprouvons à son égard.

Puisse notre modeste contribution aux études de droit, n'être pas une œuvre entièrement inutile.

Mulhouse, juin 1931.

Joseph LAMPERT.

INTRODUCTION

Le but du présent ouvrage est d'étudier la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires dans les différents Etats de l'Europe moderne.

A. — Le concept de la constitution et de la loi ordinaire date des origines de l'Etat. Déjà les Grecs faisaient une démarcation très nette entre la « *πολιτεία* » et les « *νομοι* »[1]). La constitution y était, comme de nos jours « l'ordre relatif aux pouvoirs de l'Etat »[2]). Les lois étaient « les dispositions qui s'appuient sur la constitution » et qui règlent l'activité normale des pouvoirs et des particuliers. De leur côté, les Romains distinguaient entre la fonction de « rem publicam constituere » et de « legem dare vel rogare », la première étant assurée la plupart du temps par des magistrats nommés à cette fin par le peuple, et investis de la plénitude des pouvoirs de l'Etat. La notion matérielle de la constitution et de la loi se trouvait établie. Cependant une différenciation d'ordre formel notable n'existait pas. Bien souvent la constitution des Etats n'était point écrite. Le peuple qui l'avait rédigée n'en avait pas besoin ; l'écrit n'était nécessaire, que lorsqu'il s'agissait d'une charte octroyée, par exemple, à une ville coloniaire.

---

[1]) Pour l'historique cf. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 3e éd. 1914, ch. XV et WALDECKER, Allgemeine Staatslehre, p. 599 et s.

[2]) ARISTOTE, Politique, IV.

Au moyen âge, l'organisation politique reposait sur la curieuse idée du contrat conclu entre le seigneur et ses sujets impliquant des droits et des obligations réciproques, et se résolvant à la suite de la non application des clauses par l'une des parties. Dans ces conditions un écrit était inévitable pour servir de témoignage. Vers le 15^{me} siècle nous rencontrons les lois fondamentales, mais elles sont coutumières ; le roi ne peut les changer sans l'assentiment de la nation. Il faut remonter jusqu'au 16^{me} siècle pour retrouver formulée à titre de principe l'exigence, qu'une constitution doit être un document écrit. Par là même, la notion matérielle se doublait d'une notion formelle, des différenciations de procédure plus tranchées étaient susceptibles d'intervenir entre les deux lois. La révolution a fait faire un grand pas à cette question. C'est depuis l'avènement du droit positif écrit, peut-on dire, que le problème a pris de l'ampleur et qu'il peut susciter des études juridiques, ne s'appuyant plus sur des raisonnements abstraits et logiques, mais sur des éléments matériels, des textes, extériorisant de façon sensible la distinction faite entre les lois constitutionnelles et ordinaires.

B. — Les possibilités d'étude sont des plus variées... La nôtre se place sur le terrain du droit comparé, mais elle ne sera pas une simple juxtaposition des solutions divergentes données par les législations européennes, ni une comparaison de leur valeur utilitaire réciproque. Nous nous attacherons à un problème infiniment plus captivant. Nous ferons abstraction des différences secondaires, pour ne tenir compte que des points de rapprochement et de contact, des similitudes ; nous nous efforcerons d'en tirer une réponse unique, réduisant l'aspect de la distinction faite entre les deux lois à son expression la plus simple, mais aussi la plus profonde. C'est la notion même du concept de la distinction que nous voulons dégager.

Quelle est aujourd'hui l'idée qui préside à la différenciation opérée entre les deux sortes de lois, et qui en comman-

dera les modalités diverses ? Quel est le caractère spécifique de ces deux lois et de la constitution en particulier ?

C. — Ce problème ne peut être posé que pour les Etats qui établissent dans le droit positif des conditions précises et différentes, empruntées pour chacune d'elles à la technique juridique. Ce sont les pays dits à constitutions rigides, parce qu'elles ne peuvent être changées par la simple voie législative ; elles sont assorties de conditions plus rigoureuses, plus sévères, rendant leur modification plus difficile ; ces constitutions ont une véritable supériorité à l'égard des lois ordinaires. En face d'elles se dressent les constitutions dites flexibles, dont la supériorité à l'égard des lois ordinaires ne réside que dans les garanties sociales : l'esprit de conservation et la sagesse du peuple. Aucune différenciation d'ordre juridique ne vient les démarquer. Elles échappent par là au cercle de nos investigations.

Nous retrouvons parmi ces Etats tout d'abord l'Angleterre :[3]) elle ne possède point de constitution au sens commun du mot. Quelques textes épars, des traditions fortement maintenues, que le parlement anglais respecte tant qu'il en sent la nécessité, et qu'il modifie par la voie coutumière ou par un texte exprès, lorsque le besoin s'en fait sentir.

Malgré les bouleversements de la guerre 1914—1918, la Hongrie[4]) a maintenu le régime antérieur, essentiellement coutumier et ne contenant que quelques documents écrits. Le pouvoir souverain est symbolisé par la couronne de saint Etienne : le roi et la représentation nationale en sont en quelque sorte les organes, ils exercent le pouvoir législatif et constituant d'un commun accord, sans différenciation procédurale aucune. Depuis le 13 novembre 1918, le trône royal

---

[3]) cf. DELPECH et LAFERRIERE, Les constitutions modernes, t. I, p. 517.

cf. également la très intéressante étude de M. BOUTMY sur la constitution anglaise dans son livre « Etudes de droit constitutionnel », 6e éd. Paris, Colin 1913, chap. Ier, p. 1.

[4]) cf. DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. II, p. 4 et s. et pour la bibliographie, p. 10.

est vacant ; la représentation nationale exerce seule le pouvoir, qu'elle détenait autrefois conjointement avec le roi ; c'est une situation d'expectative ; on attend la possibilité de revenir au régime normal. La Hongrie se rapproche le plus du système anglais. On ne modifie jamais le régime constitutionnel, on ne fait que le compléter à travers les âges.

La constitution piémontaise du 4 mars 1848, qui fut reprise par le royaume d'Italie[5]), ne dit rien sur la question qui nous intéresse. Les modifications constitutionnelles se sont faites suivant la procédure législative ordinaire. Mais il fut de pratique courante de renouveler la législature avant d'opérer la révision. La révolution fasciste n'a pas supprimé la constitution ; elle est venue s'y superposer en y apportant toutefois des modifications des plus profondes. La question de la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires reste toujours ignorée du droit italien.

En Espagne la constitution de 1876[6]) n'organisait point de procédure particulière pour la révision constitutionnelle. Pratiquement tous les changements se sont faits par voie de révolution. En ce moment même, la constitution est abrogée et ne revivra plus. Après la dictature du marquis Primo de Rivera, qui n'est pas arrivé à mettre sur pied un régime satisfaisant, son successeur, le général Bérenguer, a essayé de revenir au régime constitutionnel antérieur. Des élections générales avaient été prévues pour une assemblée constituante, qui devait décider souverainement du sort du pays. Mais les troubles continuels en ont fait reculer plusieurs fois la date ; le général Berenguer lui-même a du abandonner le pouvoir ; de plus en plus le régime monarchique s'est trouvé mis en question. Une poussée considérable et irré-

---

[5]) cf. DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. II, p. 69 et s.
[6]) cf. DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. I, p. 449 et s.
cf. PUGET, L'Espagne après cinq ans de dictature. Imprimerie d'études sociales et politiques, séance du 14 janvier 1929 ; pour la constitution de 1876 : LAGAILLARDE Jean Mathieu : La constitution espagnole et le régime parlementaire en Espagne, thèse, Toulouse 1905.

sistible des partis républicains, lors du renouvellement des municipalités au mois d'avril de cette année, provoqua l'abdication provisoire du roi et l'établissement du régime républicain. Les élections aux Cortès constituantes survenues depuis lors, ont confirmé et consolidé la république en Espagne. Il faut attendre la fin des travaux des Cortès pour pouvoir se prononcer sur le nouvel esprit de la constitution républicaine.

Un autre Etat vit à l'heure actuelle sous le régime de la dictature ; c'est le royaume des Serbes, Croates et Slovènes[7]). De graves dissensions intérieures, menaçant l'unité de l'Etat, ont obligé le roi Alexandre à abroger le régime constitutionnel établi en 1921 et à le remplacer provisoirement par une loi en date du 6 janvier 1929, qui confère tous les pouvoirs au roi. Il n'y a donc pas de distinction. Une nouvelle constitution n'a cependant pas été élaborée jusqu'à présent.

La constitution antérieure du Vidovdan s'apparentait à celle de la Belgique, que nous étudierons dans notre travail.

Nous laisserons également de côté l'Union des Républiques socialistes soviétiques[8]), et en particulier la République socialiste fédérative soviétique russe ; la notion de loi formelle est totalement absente de leur droit constitutionnel, qui ne suit en rien les données du droit « bourgeois ». La séparation des pouvoirs n'est pas établie. Le pouvoir suprême, tant législatif, qu'exécutif et judiciaire, appartient dans l'U. R. S. S. au congrès des Soviets et dans l'intervalle des séances du congrès au comité exécutif central de l'U. R. S. S. Il en va de même pour la République socialiste fédérative soviétique

---

[7]) cf. DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. II, p. 431 et s. Pour l'ancienne constitution :

cf. YOVANOVITCH Nikodie, Etude sur la constitution du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes, thèse, Paris 1924.

Une nouvelle constitution vient d'être promulguée, début du mois de septembre, replaçant la Serbie sous un régime constitutionnel normal. La mise en page déjà avancée de notre thèse ne nous permet pas d'en donner un aperçu.

[8]) DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. II, p. 381 et s.

cf. également GINOULHAC Pierre, La constitution de la république fédérative des Soviets de Russie, thèse droit, Montpellier 1920.

russe. Le pouvoir suprême appartient au congrès panrusse des Soviets, chacune des subdivisions soviétiques autonomes concrétisant dans son congrès des Soviets et son comité exécutif l'ensemble des pouvoirs suprêmes, tels qu'ils lui ont été délimités par la constitution de la République socialiste fédérative soviétique russe.

Ces Etats étant mis à part, une ample moisson de constitutions nous attend pour étoffer notre sujet.

D. — L'intérêt de cette étude n'a pas besoin d'être souligné. Elle touche de près le problème central de l'Etat et de son organisation. Si nous définissons celui-ci de façon sommaire comme une société organisée et hiérarchisée, dont l'activité et les relations internes sont régies par des lois, il n'y a aucun doute que celles-ci constituent un des facteurs primordiaux de cette organisation et de cette hiérarchie, et qu'à ce titre l'essence de leur nature se trouvera en liaison étroite avec le concept même que nous nous ferons de l'Etat. Le problème de la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires nous ouvre une large fenêtre sur le domaine des conceptions philosophiques et sociales. Nous verrons que la notion de la distinction se modifie du tout au tout avec ces concepts. Dans quelle mesure peuvent-ils influer sur les solutions politiques et juridiques ? L'emprise des idées sur l'organisation politique peut-elle se maintenir indéfiniment à l'encontre des réalités ?

La distinction des lois constitutionnelles et ordinaires est l'expression vivante de la structure de l'Etat. En nous demandant qui a autorité pour émettre l'une et l'autre, nous rencontrerons le détenteur de l'autorité suprême, le souverain dans l'Etat ; nous découvrirons de quelle manière sont conçus les pouvoirs qui s'y exercent, les rapports qu'ils peuvent avoir entre eux, leur situation vis-à-vis du véritable souverain de l'Etat. Nous verrons de quelle manière l'Etat exerce sa puissance de domination ; jusqu'à quel degré de différenciation des fonctions il a progressé, et comment il réalise par

la distribution des pouvoirs sa mission : qui consiste à assurer le bien commun.

Les modalités qui viendront entourer l'émission des lois constitutionnelles nous diront dans quelle mesure la souveraineté subit des limitations par les principes supérieurs du droit ; certes, dans ce cas le mot de souveraineté n'est plus de mise, car il implique essentiellement indépendance et absence de limites ; le terme d'autorité suprême, encore qu'il s'en rapproche beaucoup, serait mieux indiqué ; car l'idée d'autorité suprême n'exclut pas l'idée de limite. Elle peut subir et s'imposer des restrictions ; elle n'en reste pas moins supérieure, parce que ses propres limitations sont toujours inférieures à celles des autres autorités, qui se trouvent au-dessous d'elle. Ces modalités ont l'avantage de nous donner une idée assez exacte du progrès des idées de droit sur celle de la force, qui fut le premier soutien de l'autorité de l'Etat. L'étude de la notion de la distinction, et des procédés choisis pour la réaliser, nous indiquent la mesure du souci, qu'ont les législateurs, d'assurer la régularité des fonctions de l'Etat.

Enfin cette question portée sur le plan du droit comparé nous fera saisir une fois de plus, jusqu'à quel point se vérifie la communauté de la pensée juridique en Europe.

E. — Comment devons-nous concevoir la présentation de notre étude? Un plan s'impose, c'est celui que nous dicte l'histoire de notre droit constitutionnel. Nous ne saurions mieux dégager le concept actuel de la distinction qu'en lui opposant pour l'introduire le concept révolutionnaire de la distinction. Ce dernier marque une étape décisive dans l'évolution de notre droit constitutionnel. Les théories révotionnaires sont à l'origine de notre droit moderne. Elles ont fait éclore toutes les idées nouvelles touchant l'organisation de l'Etat, qui se trouvaient en gestation dans les faits politiques du 18^{me} siècle et dans les dissertations des philosophes du droit de la nature. Elles ont su camper un concept du pouvoir constituant, d'une haute et belle portée théorique,

puisant son inspiration dans les sphères de la métaphysique sociale et politique.

La distribution des lois constitutionnelles et ordinaires reposait sur la différenciation des matières relevant de chacune d'elles et par voie de conséquence des organes chargés de les émettre. Il y avait un abîme entre les lois constitutionnelles et ordinaires ; car les unes étaient nécessairement l'œuvre du souverain et les secondes l'œuvre d'une modeste autorité. Ce concept, qui se trouve encore bien vivace aux Etats-Unis, a eu une grande vogue dans notre vieux continent, sans avoir pu ni s'établir complètement, ni s'y maintenir. Il nous en faudra brosser rapidement le tableau, en indiquer les sources, le décrire, en déduire les conséquences logiques et effectives.

Plus de cent ans ont passé. Qu'avons-nous changé à la façon de voir de nos anciens ? Les réalités de la vie politique et l'esprit plus pragmatiste de notre siècle n'ont-ils pas imprimé leur cachet à notre problème ? La réponse à cette question occupera les 3 chapitres suivants.

Au concept révolutionnaire tend à succéder une nouvelle compréhension de la distinction, infiniment plus modeste. L'on ne fait plus de séparation tranchée entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant. L'organe législatif, ayant été érigé presque dans tous les Etats en porte-parole autorisé de la nation, s'est vu du coup qualifié pour émettre la volonté de la nation souveraine touchant les choses de la constitution, concernant le problème de l'organisation des pouvoirs de l'Etat. La différenciation par organe tend à disparaître de plus en plus. Elle s'évanouit d'autant plus facilement que la fonction constituante perd de son prestige créateur au fur et à mesure que les nations arrivent à faire évoluer leurs institutions dans le calme et sans rupture violente. Voilà l'objet même de notre second chapitre.

L'organe législatif cependant n'exercera pas les fonctions constituantes et législatives dans les mêmes conditions. Elles seront caractérisées extérieurement par une procédure diver-

gente, mesure de sauvegarde contre l'arbitraire du législatif, et dont le chapitre troisième nous donnera l'exposé critique. Nous nous efforcerons notamment d'y montrer, quelles sont parmi les multiples procédures usitées, celles qui réalisent le mieux la supériorité des lois constitutionnelles, et en assurent le respect par les lois ordinaires avec le plus d'efficacité. La nouvelle notion repose sur une idée de stabilité plus grande à accorder aux règles constitutionnelles ; mais cette idée ne fait plus appel à un domaine matériel défini, relevant de la constitution. Nous verrons qu'il n'y a plus de cloisons étanches entre les matières sujettes à réglementation par voie de procédure constitutionnelle, et celles qui peuvent se contenter de la procédure ordinaire. L'emploi de la procédure constitutionnelle se trouve conditionné par la force supérieure que l'on jugera nécessaire de donner à telle règle déterminée.

Nous appuyant sur tous les développements précédents, nous essayerons de concrétiser dans le chapitre quatrième cette définition toute formelle de la distinction, en en donnant les raisons positives. Ceci fait, nous établirons les avantages et les inconvénients tant pratiques que juridiques de la nouvelle formule. Enfin nous étudierons pour conclure, comment dans la conception actuelle, toute pratique et toute utilitaire, mais aussi de plus en plus conséquente dans ses déductions de logique juridique, le droit public moderne tend à renforcer la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires, réalisée par les conditions spéciales mises à la procédure de leur rédaction, en organisant le contrôle subséquent du juge, qui assurera l'observation des règles constitutionnelles par le législateur ordinaire, en refusant d'appliquer les lois inconstitutionnelles. Ainsi le concept moderne de la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires, ne s'échafaudera plus sur des théories préconçues, il sera un concept expérimental et réaliste, dont le fondement sera infiniment plus solide que celui du concept révolutionnaire.

Pour lors entrons dans le vif du sujet.

CHAPITRE PREMIER

Le concept révolutionnaire de la distinction

« Une idée saine et utile fut établie en 1789, c'est la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, celui-là dominant ceux-ci et traçant les règles de son obéissance ; elle comptera parmi les découvertes qui font faire un pas à la science... »

Sieyès, moniteur du 25 juillet 1795.

Section première :

Les sources historiques et doctrinales

La conception révolutionnaire de la constitution et de la loi plonge ses racines profondes dans l'époque qui l'a vue naître ; œuvre de pure doctrine, elle n'en reste pas moins intimement liée aux luttes politiques qui, durant le 18me siècle, mirent aux prises la royauté et les parlements. Cette dispute continuelle entre les deux avait précisément pour enjeu la vieille distinction des lois fondamentales du royaume — lois constitutionnelles — et des lois du roi — lois ordinaires. Concurremment à ces démêlés, signes précurseurs de l'émancipation de la nation — la société du 18me siècle se voit engagée dans un vaste mouvement philosophique, qui scrute la raison d'être de chaque institution ; mais cette conception est encore en relation étroite avec les événements politiques des Etats-Unis d'Amérique et elle est le résultat immédiat de l'effondrement de l'ancien régime.

A. — La lutte des parlements contre la royauté[9]) a fait revenir au premier plan la vieille distinction des lois fondamen-

tales du royaume et des lois du roi[10]), dont ils se prétendaient les défenseurs au nom de la nation. Son origine lointaine remonte jusqu'aux faits historiques les plus reculés, aux débuts de la monarchie capétienne, où le peuple ou du moins les grands seigneurs élisaient les rois. Elle se réclame de l'adage que la royauté était établie pour veiller au bien commun du pays ; le peuple principal intéressé doit avoir son mot à dire. Le roi agit librement pour les « lois du roi » ; mais il ne peut déroger aux lois du royaume sans le consentement des Etats généraux. Il se voit attribuer l'exercice de la puissance suprême, mais elle est limitée par les lois fondamentales, qui établissent la dévolution statutaire de la couronne royale, l'exclusion des femmes, des bâtards et des hérétiques, l'inaliénabilité du domaine, l'indépendance de la puissance temporelle à l'égard de la puissance spirituelle.

D'autres règles furent encore ajoutées, tantôt par les Etats généraux, tantôt par les parlements, au gré de leurs intérêts. Par un édit en date du 3 mai 1788 le Parlement de Paris essaya de rédiger une liste définitive comprenant, entre autre, au profit des parlements de province le droit de refuser l'enregistrement et par suite aussi l'application des ordonnances royales. Ce faisant, on érigeait le principe en loi fondamentale : qu'une ordonnance royale pouvait être néfaste dans une province et bonne dans celle d'à côté. Pareil état de chose était proprement insensé.

---

[9]) ESMEIN, Cours élémentaire d'Histoire du droit français, 14e éd. 1921, 3e partie, chap. III, p. 464 et s.

[10]) Sur la question des lois fondamentales consultez :

MARION Marcel, Dictionnaire des institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siècle. Paris, Picard 1923, p. 341.

CHENON Emile, Histoire Générale du droit français public et privé des origines à 1815, t. II, 1er fascicule. Paris, Sirey 1929 N° 410. Les ordonnances royales, p. 334 et s.

GLASSON, Histoire du Droit et des institutions de la France, t. VIII, p. 159 et s.

THIERRY Aug., Histoire du Tiers-état, éd. 1893.

ISAMBERT, Recueil général des anciennes lois françaises, t. XXI. Recueil des états généraux de 1484, 1560 et 1576.

En fait, il n'existe point de nomenclature précise. Les parlements et les Etats généraux ont toujours lutté pour faire reconnaître leur conception ; mais ils n'ont pas réussi à faire admettre leur manière de voir sur les règles fondamentales, aussi peu en ce qui concerne leur existence qu'en ce qui concerne leur consistance. La royauté adopta leurs vues chaque fois qu'elle avait besoin du concours financier des Etats généraux ou de l'appui des parlements ; mais dès qu'elle se sentait suffisamment forte, elle répudiait cette compréhension de la souveraineté. Le roi étant souverain absolu, c'est de son autorité que découlaient à titre égal les lois fondamentales du royaume et les lois du roi. Il n'y avait donc aucune distinction. Le respect des lois du royaume était de sa part l'effet d'une libre adhésion dans l'intérêt même de sa dynastie. Le droit coutumier n'a jamais réussi à dégager une notion certaine et bien définie des droits de la souveraineté populaire et de la distinction des lois du royaume et du roi. Mais ces idées étaient là présentes en germes, toujours vivaces, et n'attendaient que le moment, où l'évolution des esprits et des institutions leur permettraient de s'affirmer dans les réalités concrètes de la vie politique.

B. — De son côté le grand mouvement philosophique et rationaliste, qui agite alors le monde, s'occupe beaucoup des choses du gouvernement ; de toutes parts surgissent des écoles, qui se proposent de donner la solution théorique et infaillible des problèmes politiques. A qui appartient l'autorité souveraine dans l'Etat ? Au peuple ou au monarque ? Comment résoudre le problème de la liberté et de l'obéissance aux lois ? Quelles seront les prérogatives appartenant aux autorités publiques et aux sujets ? L'école du droit de la nature, l'école des physiocrates abondent en solutions variées. Mais ce qu'il importe de retenir ici, ce sont les grandes vérités touchant l'ordre politique, que les hommes d'alors ont essayé de dégager de la raison inhérente aux choses. Une grande idée

est mise en lumière, c'est celle du contrat social[11]). Cette explication éthique et en partie religieuse de l'Etat, à laquelle Rousseau a donné un relief des plus remarquables, a eu pour résultat de faire entrevoir aux hommes avec l'indication du titulaire véritable et logique du pouvoir suprême dans l'Etat, celui qui seul avait le droit de procéder à sa constitution.

Le peuple tout entier est souverain. La constitution par laquelle il crée l'Etat doit être l'œuvre de son adhésion unanime : afin que chaque associé « s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant »[12]). Ainsi règnera entre tous les membres une égalité « morale et légitime », — cette égalité qui fut l'idée maîtresse et la hantise de la révolution — que seul le pacte social pouvait leur garantir en organisant la souveraineté de la volonté générale. La constitution peut être qualifiée de contrat social, puisque tous sont censés y contracter avec tous.

C. — Ces théories ont reçu un appoint et une illustration des plus intéressantes dans les événements qui ont entraîné la naissance des Etats-Unis d'Amérique. Tous les Français, qui ont participé à la guerre d'indépendance des colonies anglaises, ont pu voir le peuple libre et indépendant procéder de sa propre volonté à l'érection de sa société politique, se manifester comme le souverain de l'Etat, aux ordres duquel les autorités qu'il vient d'établir, doivent obéir.

---

[11]) ROUSSEAU, Du Contrat social, à Amsterdam chez Marc Michel Rey, 1762 (éd. or.).
ROUSSEAU, Du Contrat social, éd. de la Bibl. nat. Paris 1868.
REDSLOB Robert, Staatstheorien der französischen Nationalversammlung; Leipzig 1912; chap.: Le contrat social — La volonté générale, p. 18 et s.
FAGUET Emile, La Politique comparée de Montesquieu, Rousseau et Voltaire. Paris 1902.
FAGUET Emile, Rousseau penseur, Paris 1910.
Introduction d'Emile FAGUET : « Sur les idées maîtresses de la révolution française » dans « L'œuvre sociale de la Révolution française. Paris 1901.

[12]) ROUSSEAU, Du Contrat social, éd. Bibl. nat. 1868. Livre I, chap. VI, p. 27 et s.

Les constitutions de certaines de ces colonies américaines reposaient effectivement sur une convention, une charte conclue entre les colons et le roi d'Angleterre ; lors de la libération un véritable contrat eut lieu entre les colons pour asseoir les bases du nouvel Etat et là, où l'on s'était concerté par la voie de représentants, plus particulièrement pour la constitution fédérale, il avait été toujours dit expressément que la constitution[13]) était l'œuvre spécifique du peuple, que seul lui pouvait y toucher. Vis-à-vis de lui les trois pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire n'apparaissaient que comme de simples autorités, des pouvoirs subalternes, liés à la loi du peuple, leur maître, la constitution. Les pouvoirs américains ne peuvent rien à l'encontre de la constitution[14]), car elle est à la base même de leur existence ; la loi ordinaire est conditionnée et limitée par la loi constitutionnelle, qui lui est supérieure.

Les hommes de la révolution ont puisé dans ce concept l'idée de la séparation du pouvoir constituant et législatif qui vient compléter la théorie des trois pouvoirs, enseignée par Montesquieu[15]).

D. — Cette idée de la souveraineté du peuple et de son concours nécessaire à la formation de l'Etat, nourrie par les discussions politiques, illustrée par l'expérience américaine, retrouve un aliment sérieux dans les événements de la

---

[13]) cf. BLONDEL, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, chap. Ier de la 1re partie, Les origines historiques en Amérique.

cf. BOUTMY Emile, Etudes de droit constitutionnel. Paris 1913, notamment son chapitre deuxième sur la constitution américaine, p. 81 et chap. III, p. 238. Le pouvoir constituant a été exercé effectivement par les Etats particuliers, le peuple américain n'est en quelque sorte qu'un élément artificiel ; il a été créé de haut par la constitution, qui l'a investi du pouvoir suprême.

[14]) Les puritains du temps de Cromwell ont les premiers invoqué cette idée de la loi constitutionnelle ne limitant pas seulement l'exécutif, mais aussi le législatif ; le contrat qui donne naissance à l'Etat spécifie les conditions sous lesquelles les autorités issues de lui doivent garantir les droits naturels. cf. DUGUIT, Droit Constitutionnel, t. III, 2e éd., p. 639.

[15]) MONTESQUIEU, L'Esprit des lois. Paris 1867.

fin de l'ancien régime. La direction des affaires de l'Etat, que les monarques avaient jalousement consacrée comme étant leur patrimoine personnel, leur échappe. Enervée et à bout de force à la suite des luttes incessantes avec les parlements, gênée par sa détresse financière, la royauté ne peut plus se refuser à faire appel au concours de la nation pour rénover les bases de l'Etat. Elle convoque les Etats généraux ; mais elle ne peut plus en diriger les débats, ni manœuvrer les représentants selon sa volonté.

Les hommes de 1789 se sont bien aperçus de ce revirement dans les choses publiques ; le roi n'était plus le seul maître ; par leur présence ils affirmaient les droits souverains de la nation. Jamais occasion si belle ne s'était présentée à eux, hommes nourris des doctrines du droit naturel, pour réaliser et pratiquer les idées qu'ils avaient cultivées jusqu'à présent. Partageant avec le roi le pouvoir suprême, ils se voient devant une tâche énorme : il s'agit pour eux de transformer de fond en comble l'édifice politique, d'asseoir l'Etat sur des bases nouvelles[16]).

Cette œuvre ils l'accompliront au nom et pour le compte de la nation souveraine. Les Etats généraux prendront le nom d'Assemblée nationale constituante et exerceront la plénitude des pouvoirs de l'Etat ; la constitution qu'ils édicteront sera la charte initiale, le fondement du nouvel état de choses qui succèdera à l'ancien régime.

---

[16]) cf. BOUTMY Emile, op. cit., p. 224: « En France, à l'époque où éclate la Révolution, toutes les antiques personnes morales, — à l'exception de la plus haute — qui exercent à un degré quelconque une portion de la puissance publique, noblesse, clergé, parlements, états provinciaux, magistratures des villes et des communes, sortaient de l'ancien régime humiliées et discréditées, dépossédées ou énervées... La Révolution les fit tomber par la secousse plus encore que par le fer. La royauté, privée de ses branches maîtresses, qu'elle avait elle-même étouffées à l'ombre de son feuillage supérieur, se présentait comme un tronc isolé et dépouillé: elle défiait le vent et appelait la cognée. Elle tomba à son tour... Le corps entier du peuple était le seul être collectif resté debout. Il dut créer de rien, pour ainsi dire, des autorités nouvelles et organiser par voie d'invention et de commandement toute la société politique. »

Section deuxième :

Le concept révolutionnaire de la distinction

Lorsque nous parlons d'un concept révolutionnaire de la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, nous ne visons point les solutions positives inscrites dans les diverses constitutions de l'époque, nous avons essentiellement en vue tout cet ensemble d'idées doctrinales, touchant cette constitution, que les hommes de la révolution ont mis en lumière et établi sur des bases juridiques définitives, mais que la constitution américaine est à peu près seule à avoir traduit dans la pratique.

A la base de ce nouveau concept se trouvent de façon médiate tous les évènements et doctrines que nous avons vus un peu plus haut ; mais le fondement immédiat a été fourni par les idées profondes et puissantes de l'abbé Sieyès. Déjà son opuscule : « Qu'est-ce que le tiers état?[17]) » avait impressionné le public et l'avait préparé à sa manière de voir. Elu député du tiers-état de Paris, il a exercé une action des plus décisives sur l'esprit de ses collègues, tant au sein de l'assemblée qu'au comité de constitution. La conception théorique admise par la constituante est celle même que lui fournit Sieyès. Aussi les développements qui vont suivre s'appuieront-ils autant sur les débats parlementaires que sur les développements de Sieyès. Nous donnerons tout d'abord une esquisse du concept, puis dans un paragraphe deuxième nous en tirerons les conséquences.

§ 1[er] : L'exposé du concept

Le concept prend son point de départ dans une discrimination faite entre la fonction constituante et la fonction

---

[17]) La première édition originale date de 1789, sans indication de lieu ; les références indiquées ici se rapportent toutes à une réédition faite en Allemagne, que la Bibliothèque nationale a pu nous donner en communication (édition de Fr. Koppel, Dresden 1875).

législative. Toutes deux ont pour but de poser des règles juridiques ; cependant la portée de ces règles est des plus dissemblables à raison de l'objet qui reste réservé à chacune d'elles, et de la différenciation nécessaire requise dans l'autorité qui doit les édicter.

A. — La constitution est la charte initiale, sur laquelle repose l'Etat, elle en est en quelque sorte le décalogue. Pour les hommes de la révolution la constitution était synonyme de pacte social. Rabaud de St-Etienne dit : « La constitution est une forme précise adoptée par le gouvernement d'un peuple. Ce mot vient de cum statuta, établi ensemble, établi de concert, il suppose donc une convention, un accord, c'est-à-dire le consentement général à être gouverné ainsi. »[18]) Un autre qualifie la constitution de « capitulation du corps social »[19]). Les individus y établissent la charpente politique de l'Etat et y assurent la sauvegarde de leurs intérêts d'hommes libres. C'est là l'objet propre de toute constitution ; elle n'en a pas d'autres.

Constituer, c'est, en effet, poser les grands principes de la liberté individuelle pour la réalisation desquels l'Etat a été fondé ; c'est expliciter de façon positive ce que l'intelligence humaine à reconnu comme devant être l'essence même de l'homme et de l'Etat et de leurs rapports respectifs. Ce sont les principes de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui sont antérieurs et supérieurs à l'Etat, qui le dominent de toute leur transcendance métaphysique.

La constitution ne peut pas ne pas les reconnaître. C'est par ces principes que toutes les constitutions se ressemblent à travers les Etats civilisés, c'est la partie commune, c'est la partie universelle.

---

[18]) Séance du 12 août 1789, arch. parl., 1re série, t. VIII, p. 427.
[19]) Goupiln Préfeln, 31 août 1791, arch. parl., 1re série, t. XXX, p. 93.

Mais la constitution doit aussi régler le fonctionnement des autorités, fonctionnement, qui, pour assurer les libertés individuelles, doit comporter à titre de règle primordiale et nécessaire la limitation des pouvoirs, par leur séparation et leur distribution entre des titulaires distincts.

Les révolutionnaires en sont venus très logiquement à affirmer que « toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution »[20]).

Celle-ci est par excellence la loi constitutive des pouvoirs à établir ; du pouvoir législatif en particulier : car si, à la rigueur, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire se trouvent suffisamment liés par les règles édictées par le pouvoir législatif, ce dernier doit nécessairement être soumis aux ordres supérieurs de la constitution.

Les lois ordinaires se voient assigner un champ d'application bien à elles. Ce sont elles qui protègent les citoyens, et décident de l'intérêt commun[21]). Leur but est de régler les conditions de l'activité morale, intellectuelle, artistique, commerciale et industrielle des hommes, et de veiller à ce que les règles de la justice sociale et du respect de la liberté d'autrui soient observées par les hommes dans leurs entreprises. Les lois ordinaires sont les plus importantes, parce que c'est en vue d'obtenir cette protection qui augmente la valeur de la personnalité et facilite son épanouissement, que les hommes vivent en société et créent l'Etat. Ces lois « sont la fin dont la constitution n'est que le moyen » ; les lois ordinaires sont « les lois immédiates ou protectrices », et les lois constitutionnelles sont « les lois médiates ou directrices »[22]).

B. — Le domaine particulier, qui est la caractéristique de chacune des deux lois, entraîne une conséquence d'ordre

---

[20]) Art. 16 de la déclaration des droits de l'homme. DUGUIT et MONNIER, Les constitutions de la France, 3e édition 1915, p. 3.
[21]) SIEYES, Qu'est-ce que le tiers-état, p. 59.
[22]) SIEYES, Qu'est-ce que le tiers-état, p. 59.

dynamique, qui se manifestera par la mise en œuvre d'une puissance différente.

Il y a une fonction de constituer et une fonction de légiférer ; cette dernière est englobée dans la première, mais elle n'en est qu'une application spéciale, restreinte. La fonction législative ne met pas en œuvre autant de puissance que le pouvoir constituant, ni quantitativement, ni qualitativement. La fonction de légiférer est de tous les jours, la fonction de constituer ne se manifeste que de temps en temps. Le pouvoir de légiférer n'est qu'un aspect de la volonté de l'Etat, la volonté considérée dans sa fonction de créer des régles générales[23]). Le pouvoir constituant, c'est la volonté nationale considérée dans son entier, dans son indivisibilité, non seulement créant des règles générales, ou encore administrant le pays, ou assurant la justice ; elle est quelque chose de plus haut : elle est le pouvoir souverain ; c'est elle seule qui dispose et règle sa propre destinée. Elle a le pouvoir de dire qu'elle usera de sa volonté pour créer un ordre étatique. Cet ordre, elle l'aménage à sa guise, c'est elle qui établira les autorités, l'autorité législative plus spécialement, et réglera la façon dont elles exerceront leurs pouvoirs. Elle leur trace les règles de leur obéissance. « Dans chaque partie la constitution

---

[23]) Pour Montesquieu la généralité de la loi signifie qu'elle n'est pas faite en vue d'un cas d'espèce, mais à l'avance, in abstracto, pour tous les cas identiques qui pourront se présenter, même si ce cas ne peut se produire qu'une fois. Il en résulte que les solutions légales à suivre sont connues d'avance et que l'on évite par là l'arbitraire du législateur... Cette conception rationnaliste peut encore être admise de nos jours. Par contre la définition de Rousseau, bien plus large, identifie la loi « expression de la volonté générale » avec l'action spécifique de la souveraineté. La loi est un acte du peuple statuant pour lui-même, par lui-même et sur lui-même. La définition est quelque peu utopique ; en fait la loi est l'œuvre d'une majorité d'individus — encore cette majorité n'est-elle souvent que très relative — statuant suivant leur appréciation personnelle toujours sujette à caution.

cf. ROUSSEAU, Du contrat social, livre II, chap. VI et livre III, chap. Ier ; et CARRE de MALBERG, La Loi, expression de la volonté générale, p. 5, 16, 29. Paris, Sirey 1931. M. C. de Malberg fait très justement remarquer que la loi émet tout autant d'ordres particuliers que d'ordres généraux.

n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant, aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation »[24]). Le pouvoir constituant domine de toute sa hauteur transcendentale les pouvoirs constitués : il est le pouvoir qui crée, le pouvoir législatif est un pouvoir créé.

C. — Cette conception particulière de la fonction constituante, et de l'objet propre de cette fonction, a pour résultat d'opérer entre les deux lois une démarcation très profonde. Leur distinction touche intimement à leur caractéristique : il y a entre elles deux une différence d'essence, elle tient dans ce fait que la première ne peut être que l'œuvre d'un pouvoir constituant, donc d'un pouvoir souverain, alors que les lois ordinaires ne sont que la manifestation de volonté d'un pouvoir subalterne.

Les premières prennent leur origine dans la volonté de la nation distincte et supérieure à l'Etat, les lois constitutionnelles sont audessus de l'Etat, elles lui sont extérieures, elles sont l'acte de sa fondation ; elles sont « l'acte de création et de partage des pouvoirs »[25]), elles en sont le certificat de naissance, le témoignage solennel, la confirmation authentique et du droit qu'ont les pouvoirs d'agir et du droit qu'ont les particuliers à voir certaines de leurs prérogatives garanties ; elles sont le contrat sur lequel se base toute la vie de l'Etat.

Les lois ordinaires sont l'œuvre de l'une des autorités de cet Etat créé par la constitution ; leur action, leur pouvoir d'injonction se trouve étroitement soumis au respect de leur conformité avec les ordres supérieurs et irrévocables du pouvoir constituant, elles sont l'émanation d'une volonté qui est dépendante, qui n'a qu'un pouvoir commis.

---

[24]) SIEYES, op. cit., p. 59.
[25]) PETION, 29 août 1791, arch. parl., t. XXX, p. 44 à 46.

M. Carré de Malberg[26]) résume cette situation, que le droit des Etats-Unis réalise encore aujourd'hui, par les paroles suivantes :

« Le pouvoir constituant et le pouvoir législatif sont, non pas seulement de degré inégal, mais bien de nature foncièrement distincte, et demeurent au point de vue organique, nettement séparés. En somme, la distinction (américaine) entre les deux pouvoirs correspond à l'opposition fondamentale qui s'établit entre le souverain et les autorités remplissant un office de puissance publique. »

§ 2me : Les conséquences du concept

A. — La constitution étant conçue par les hommes de la révolution comme étant le pacte social, il était logique qu'elle dut se présenter comme un document écrit : Cela était nécessaire d'abord pour lui conférer le caractère de la certitude, pour permettre de s'y référer en tout état de cause. L'écriture est un élément de sa rigidité; les textes inscrits sur les parchemins des archives fixent de façon immuable la teneur de la volonté du souverain : aucune modification ne peut y être portée par voie d'évolution coutumière. La procédure de rédaction nécessitée pour son établissement, le sera également pour toute modification ultérieure. Cette première conséquence, très importante au début de la Révolution, l'est aujourd'hui infiniment moins, puisque le droit écrit a complètement évincé la coutume changeante et insaisissable.

B. — Une autre conséquence plus importante se dégage de la définition distincte des deux lois. L'objet propre qui leur est assigné a pour but de cantonner chacune d'elles dans un domaine strictement réservé. Leur définition se fera compte tenu des matières qui y seront inscrites. Seront constitutionnelles

---

[26]) cf. Les développements de M. Carré de Malberg sur cette conception, dans son ouvrage : La loi, expression de la volonté générale, p. 109 et 110.

toutes les lois qui organisent le pouvoir législatif et les autres pouvoirs de l'Etat. Devront être qualifiées de lois ordinaires, toutes celles qui n'ont pour but que de réglementer la vie normale des citoyens. Cette définition nous permet d'établir le critère de leur compétence, qui lui aussi est d'ordre matériel. La loi constitutionnelle puise sa justification dans l'omnipotence de son auteur, il n'y a au-dessus d'elle que le droit naturel, que la notion seule a qualité pour interpréter, puisqu'elle est à l'origine de tout droit positif. La loi ordinaire est l'œuvre d'un pouvoir commis, subalterne ; elle n'a de valeur obligatoire que dans la mesure, où les conditions de la délégation des pouvoirs, inscrites dans la constitution par le corps souverain, ont été observées.

Chaque fois qu'une loi ordinaire, c'est-à-dire une loi émise par l'autorité législative édictera des principes rentrant du point de vue matériel dans le domaine de la constitution, ou contraires à ceux préétablis par un texte constitutionnel, elle sera nulle et non avenue, parce qu'il ne peut être au pouvoir d'un organe subalterne de fixer lui-même les règles de sa compétence. La loi constitutionnelle ne saurait être mise en échec et abrogée par une loi ordinaire. Sieyès dit très exactement : « Ces lois (constitutionnelles) sont dites fondamentales, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. »[27])

L'on ne saurait imaginer, que l'un des pouvoirs s'arrogeât le droit de porter remède à un faussement de la constitution pour y rétablir l'équilibre. Celui dont les pouvoirs auront été diminués, sera incapable d'imposer sa volonté aux autres pour rétablir l'équilibre ; quant à celui des pouvoirs qui aura profité de cette rupture d'équilibre pour prendre à lui tous les pouvoirs, il ne consentira jamais plus à s'en dépouiller. Même si cela était pratiquement possible, il faut se dire qu'il y reste

---

[27]) SIEYES, Qu'est-ce que le tiers-état, p. 58 et 59.

inhabile, parce qu'il ne réunit point tout cet ensemble de qualités qui en font un pouvoir fondateur ; il n'a pas le pouvoir d'auto-disposition. Par là son œuvre est frappée d'un vice irrémédiable, dès qu'elle sort des limites à lui tracées. Seule la nation a ce droit, elle l'exerce avec une compétence entière, car « sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même ».[28])

C. — Cette conception particulière de la constitution et de la loi nous permet d'esquisser la structure principale de l'Etat.

Comme nous l'avions déjà indiqué, nous aurons tout d'abord une séparation très tranchée entre le pouvoir constituant, d'une part, et les pouvoirs constitués, d'autre part. Ces derniers se trouvent à peu de chose près entre eux sur un pied d'égalité vis-à-vis de la constitution. Le législateur a du fait de sa fonction une légère supériorité sur les deux autres. Mais aucun ne saurait prendre la primauté sur l'autre ; celle-ci appartient au pouvoir constituant ; c'est en lui que se réalise l'unité de direction nécessaire dans tout Etat, il est l'arbitre né des conflits qui peuvent surgir entre les pouvoirs constitués. Les hommes de la révolution voyaient dans ce rôle d'arbitre et de régulateur une des fonctions primordiales du corps souverain[29]). Après avoir constitué et divisé les pouvoirs, il doit veiller à ce que les règles du partage soient observées, et venir contrôler à périodes fixes la marche des rouages de l'Etat, afin de redresser ceux qui auraient été faussés par le fonctionnement. Les titulaires qui viendront occuper les pouvoirs divers seront nettement déterminés.

D. — A qui reviendra le pouvoir constituant ? A celui qui a la toute-puissance, à celui qui seul a le droit de disposer de sa destinée. Or, d'après les principes adoptés par la révolution française, c'est la nation dans sa masse indivisible qui détient la souveraineté. Frochot dit : « Le peuple, de qui tout pouvoir émane, distribue quand il veut et comme il lui plaît, l'exercice de sa souveraineté, il en délègue telle partie et s'en réserve

---

[28]) SIEYES, op. cit., p. 58.
[29]) PETION, 29 août 1791, arch. parl., 1re sér., t. XXX, p. 48 et s.

telle autre ».[30]) Et Sieyès ajoute de son côté : « Dans toute nation libre, et toute nation doit être libre, il n'y a qu'une manière de terminer les différends qui s'élèvent touchant la constitution. Ce n'est pas à des notables qu'il faut recourir, c'est à la nation elle-même. Si nous manquons de constitution, il faut en faire une, la nation seule en a le droit. »[31])

Il est pourtant impossible de réunir un grand peuple pour délibérer sur ses affaires. Sieyès, à l'instar de Rousseau, a admis que la constitution, œuvre du peuple, devait être élaborée pratiquement par une assemblée de représentants[32]). La constituante en fit de même[33]). Il n'en restera pas moins vrai que l'assemblée des représentants, faisant la constitution ou la révisant, agira pour le compte direct de la nation ; son œuvre participera, toutes proportions gardées, aux qualités inhérentes à l'œuvre du peuple ; on l'appellera convention, ce sera là une réminiscence des assemblées américaines. La volonté des représentants aura un pouvoir créateur, elle sera à l'origine de tout droit positif, elle fera œuvre souveraine. Mais cette qualité fera défaut au corps des représentants qui détiendra le pouvoir législatif. Ce corps n'exercera qu'une simple compétence ; son pouvoir sera réglementé, contingenté par la constitution ; son pouvoir de création sera limité, car au-dessus de lui il y a une règle positive souveraine qui jalonnera et bordera la voie, qui lui fixera une procédure à employer, une majorité requise à atteindre pour que ses lois

---

[30]) FROCHOT, 31 août 1791, arch. parl., 1re série, t. XXX, p. 97 et s.

[31]) SIEYES, op. cit., p. 55.

[32]) SIEYES, op. cit., p. 63. Pour Rousseau le motif résidait dans une impossibilité pratique. Sieyès par contre, et en cela il suivait l'avis de Montesquieu, estimait que le peuple n'est capable que de se choisir des représentants, mais non point de gérer ses affaires lui-même.

[33]) M. d'ANDRE, 31 août 1791, arch. parl., 1re série, t. XXX, p. 112 : « vous avez déjà décreté que la souveraineté existante dans la nation ne pourrait être exercée que par délégation » et FROCHOT, 31 août 1791, p. 100.

aient force obligatoire. Elle lui interdira la réglementation de certaines questions, et sur d'autres elle lui fixera le sens et les principes de la solution à suivre. Car la loi est l'œuvre d'un pouvoir subalterne.

E. — Cependant, et c'était là de la part des constituants une vue très sage et très utile, il fut décidé que le pouvoir constituant subirait des limitations. Elles ne lui seraient pas imposées par une tierce autorité supérieure, car il n'y en a pas dans le domaine du droit positif ; il se les imposerait lui-même, afin de se ménager en tout état de cause des possibilités de faire œuvre de rénovation dans le calme, et par des voies connues d'avance, sans être obligé de se livrer aux à coups du hasard, de l'inconnu et de l'agitation populaire.

Mais ces limitations ne doivent pas entamer le caractère spécifique du pouvoir constituant[34]) ; il doit rester illimité dans la portée de ses décisions. Il ne peut y renoncer, car ce caractère résulte de la nature des choses. Ces règles ne concerneront donc pas tant l'exercice du pouvoir constituant que sa mise en marche. Car il est impossible de faire siéger le pouvoir constituant en permanence ; ce serait une cause de trouble, tant par le fait qu'il aurait toujours tendance à remettre en question son œuvre, que par le fait qu'il serait toujours tenté d'absorber l'exercice de tous les pouvoirs et de jeter ainsi le désarroi dans le fonctionnement des pouvoirs constitués. Il fallait donc trouver les voies et moyens adéquats pour faire apparaître l'existence d'un vœu du souverain aux fins de réformer la constitution.

Il a été admis non sans raison, que le pouvoir législatif incompétent pour statuer sur la réforme constitutionnelle pour-

---

[34]) SIEYES, op. cit., p. 61 et s.
SALLE, 31 août 1791, arch. parl., 1re série, t. XXX, p. 104.
FROCHOT, 31 avril 1791, arch. parl., 1re série, t. XXX, p. 96 : « il est de son essence de pouvoir ce qu'elle (la nation) voudra et de la manière dont elle le voudra ».

rait parfaitement être admis à présenter le vœu de révision, puisqu'il est en relation directe et constante avec le corps populaire, grâce à la nécessité de sa réélection[35]). Pour exclure tout doute sur la sincérité du vœu, l'on peut exiger qu'il soit répété par plusieures législatures, les élections intervenues entre temps permettant au corps électoral, d'appuyer le vœu en confirmant le mandat de ceux qui l'ont formulé. Une seconde possibilité existe ; l'on peut spécifier que le pouvoir constituant se réunira à intervalles fixes[36]) pour vérifier son œuvre et y porter les modifications rendues nécessaires, ou bien encore l'on décide que le pouvoir constituant se réunira sur un vœu émis directement par la nation par la voie du plébiscite[37]).

F. — Une autre mesure concernant le pouvoir constituant lui-même est possible. Afin de rendre ses assises plus solennelles, on composera l'assemblée de révision d'un nombre plus considérable de membres, et l'on exigera l'assentiment d'une majorité plus forte. Il pourra également être prévue une procédure, qui devra se dérouler avec plus de lenteur, que la procédure simplement législative.

Toutes ces mesures n'entravent point d'une façon tangible l'exercice du pouvoir constituant, elles lui laissent sa toute-puissance.

---

[35]) BARNAVE, 31 août 1791, arch. parl., 1re série, t. XXX, p. 113 et s.
LE CHAPELIER, rapporteur du projet, 29 août 1791, op. cit., p. 36.
TRONCHET, à la séance du 31 août 1791, arch. parl., 1re série, t. XXX.

[36]) PETION, 29 août 1791, arch. parl., 1re sér., t. XXX, p. 48 et s.

[37]) Une quatrième proposition faite par Frochot, mais combattue par Pétion, distinguait entre le pouvoir de réforme partielle, détenu par une convention et le pouvoir de réforme totale, détenu par un corps constituant, qui pouvait détruire l'ordre établi pour le rénover entièrement.
Séance du 31 août 1791, arch. parl. 1re série, t. XXX, p. 96 et s.

Section troisième :

Les déviations de la pratique

§ 1er : Les motifs

Après avoir établi avec une maîtrise étonnante la distinction fondamentale entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires, la révolution, sitôt qu'elle procédait aux réalisations pratiques, se hâta d'abandonner ce chemin royal, et de dévier vers des solutions inspirées par des motifs d'ordre pratique. Ce faisant elle n'était cependant pas inconséquente avec elle-même, bien au contraire ; elle tirait les conclusions logiques qui découlaient de la nature véritable du pouvoir constituant englobé dans l'organisation de l'Etat, de son esprit social et de sa conception de la souveraineté populaire qu'elle avait reprise entièrement de Rousseau.

Il n'est pas inutile de démontrer ici comment ces trois facteurs ont fait dévier la pratique et échouer le concept élaboré par les hommes de la révolution dans leurs propos.

Nous avons vu que les révolutionnaires fondaient la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sur l'existence d'une distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, et sur la différence de pouvoir inhérent à chacun d'entre eux. Les circonstances d'alors étaient toutes faites pour confirmer en leur esprit la conception d'un pouvoir constituant du peuple tout-puissant. Nous aurions mauvaise grâce à nier que, toute organisation étatique ayant été jetée bas par une révolution, l'ensemble de la nation, pour le bien commun de laquelle l'organisation doit être établie, n'ait le droit de procéder avec une compétence absolue à la reconstitution de son ordre social et poli-

tique. Qu'elle le fasse par elle-même, quand les possibilités pratiques lui en sont données, ou qu'elle le fasse par l'intermédiaire de représentants, ou qu'un seul le fasse en arrachant à lui tout le pouvoir, — auquel cas il ne reste plus à la nation qu'un droit d'adhésion —, une chose est certaine, la nation a le droit de disposer de ses destinées : elle a le pouvoir d'établir et de réformer sa constitution. Mais il ne faut pas confondre — et c'est ce qu'ont fait les constituants, subjugués qu'ils étaient par les événements de l'époque, — le pouvoir constituant du peuple-fait social avec le pouvoir constituant-fait juridique. La nation, à laquelle les hommes de la révolution attribuent une personnalité distincte de celle de l'Etat, a très certainement une individualité propre, il existe des nations sans qu'elles soient des Etats ; dans un Etat peuvent coexister plusieures nationalités. Mais si la nation a par le seul fait de son existence une individualité propre, il n'en reste pas moins vrai, que tant qu'elle n'a pas pu s'organiser, — et quand elle s'organise, c'est en Etat qu'elle le fait — elle n'a pas acquis de personnalité juridique qui puisse s'opposer et se superposer à l'Etat. Car l'Etat n'est autre chose que la nation juridiquement organisée. Dès que la nation use de son droit de disposition, et qu'elle commence à s'organiser, dès qu'elle possède un embryon de pouvoirs publics, sa souveraineté-fait social vient se couvrir avec la souveraineté-fait juridique, qui est la souveraineté de la nation organisée en Etat.

Le pouvoir constituant-fait social se manifeste selon des modalités qui ne peuvent être prévues ni réglées. C'est là une question de fait. L'on ne peut faire la théorie juridique d'un fait qui reste insaisissable par des règles précises : Le droit est essentiellement règle et ordre, le pouvoir constituant est essentiellement toute puissance et imprévision. Personne ne saurait écrire l'histoire juridique d'une révolution. Les théoriciens de la révolution l'ont parfaitement aperçu, et ils ont dit qu'il était de la souveraineté de la nation de ne

pouvoir être enchaînée[38]). Mais quand l'on fait une constitution et qu'on prévoit la fonction constituante, il s'agit d'un pouvoir constituant qui se trouve englobé dans l'organisation de l'Etat, qui par conséquent ne peut en impliquer la rupture violente. On l'appellera mieux pouvoir de révision, pouvoir réformateur, parce que c'est un pouvoir qui est appelé à travailler non point dans le chaos, mais sur du déjà organisé. Ce pouvoir, s'il ne peut se manifester, sans rompre en une certaine mesure, qui sera variable selon l'ampleur des modifications faites, l'identité de l'Etat, en maintient cependant la continuité dans son organisation rudimentaire, puisqu'elle est le résultat du jeu réglé par avance des pouvoirs de l'Etat, qui pour la circonstance se trouvent concentrés en un seul organe. Il en est l'émanation chargée de porter les modifications : il est en quelque sorte un pouvoir d'interrègne. Sa mise en marche, son action sera réglée et donc limitée : il se trouvera guidé dans son œuvre par des règles de procédure et quelquefois par des règles de compétence comme tous les autres pouvoirs. Le pouvoir constituant-fait juridique, est un pouvoir constitué à l'instar des autres, le plus haut il est vrai ; car s'il a perdu de sa force aggresive en entrant dans l'organi-

---

[38]) SIEYES : « Une nation ne sort jamais de l'état de nature ; et au milieu de tant de périls, elle n'a jamais trop de toutes les manières d'exprimer sa volonté. Ne craignons point de le répéter : une nation est indépendante de toute forme, et de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paraisse pour que tout droit positif cesse devant elle comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif »... op. cit., p. 61.

FROCHOT, arch parl., t. XXX, 1re sér., séance du 31 août 1791, p. 96: « Mais la souveraineté nationale ne peut se donner aucune chaîne, sa détermination future ne peut être interprêtée ou prévue, ni soumise à des formes certaines ; car il est de son essence de pouvoir ce qu'elle voudra et de la manière dont elle le voudra. »

cf. également Moniteur Universel, t. VII, p. 876, séance du 25 juillet 1792. Le président Laffon-Ladebat ayant rappelé le député Chabot à l'ordre, parce qu'il avait dit : Le peuple français aura toujours le droit de changer la constitution (paroles attentoires à la constitution de 1791), est rappelé lui-même à l'ordre par une motion de l'assemblée.

cf. ROUSSEAU, Du Contrat social, livre II, chap. XII, éd. 1868. p. 77.

sation de l'Etat, il domine encore les autres pouvoirs ; en effet, si tous exercent leur pouvoir suivant des règles de compétence définies, il possède ceci de plus en sa faveur, à savoir, qu'il a le pouvoir et le droit de modifier les règles de compétence des autres pouvoirs et les siennes. Les Allemands parlent de « Kompetenzkompetenz ».

Dans un autre ordre d'idées, l'on ne pouvait plus prétendre que certaines matières devaient être réservées de façon absolue à la constitution. Entre l'ordre intellectuel et l'ordre positif il se produit fatalement un décalage ; tout ce qui du point de vue rationnel rentre dans la fonction de constituer, n'est pas nécessairement englobé dans la constitution, car dans l'ordre positif le raisonnement doit s'allier à l'esprit d'opportunité. L'œuvre constitutionnelle n'est pas une œuvre de déduction logique et abstraite, elle est une œuvre créée pour une situation donnée, s'inspirant bien entendu de certaines vérités touchant l'ordre politique, mais en les assortissant des correctifs rendus nécessaires par la pratique. Il en résulte que les limites entre les deux lois ne sauraient être fixées de manière précise, que certains flottements seront perceptibles. La constitution ne peut pas être une œuvre à portée universelle, elle n'a comme toute œuvre humaine qu'une portée relative. Dès que l'on fait de la législation positive, l'on est obligé de compléter la définition matérielle par une définition formelle.

En organisant la France, les constituants n'échappaient pas à ces conclusions ; ils devaient fatalement les consacrer implicitement ; ils l'ont fait d'autant plus volontiers qu'ils appartenaient presque tous à la classe du tiers-état, qui venait de faire la révolution, et qui, grâce à elle, avait accédé au pouvoir.

Ils tenaient à y rester ; pour cela il ne fallait pas abandonner la possession du pouvoir suprême au hasard des mouvements populaires ; il fallait s'assurer d'avance que ces conventions nationales, qui modifieraient la constitution seraient

des assemblées dont la compositon, autant que se peut faire, fût identique à celle du corps législatif. D'où, après avoir limité étroitement le droit électoral, et établi le régime représentatif, l'on en est venu à abaisser la convention par toutes sortes de mesures restrictives. Les hommes de la Constituante l'ont fait d'autant plus facilement que l'expérience présente semblait démontrer qu'un changement à la constitution équivalait à une perturbation profonde. Il leur paraissait impossible d'opérer une modification radicale dans la constitution de la nation, sans qu'elle soit accompagnée d'une révolution et d'un bouleversement sérieux.

Or c'est ce qu'ils voulaient éviter à tout prix. S'ils avaient raisonnablement pu, ils auraient décidé que la constitution serait immuable, mais ils étaient bien obligés de se rendre compte, que — eussent-ils le pouvoir — ils n'avaient pas le droit de se lier pour l'avenir, et surtout de lier avec lui les générations futures contre leur gré[39]). La constitution, selon la doctrine en vogue, ne pouvait être l'œuvre que du consentement unanime, il fallait que chaque génération puisse se prononcer sur elle. Certains avaient même demandé que les lois ordinaires aussi fussent soumises à chaque renouvellement de génération, tous les 20 ans, à l'adhésion du peuple, afin qu'elles continuassent à être dans la pleine acception du mot « l'expression de la volonté générale ».

L'on se rendait compte en outre que l'on n'avait pu faire œuvre parfaite, et que des déformations devaient fatalement s'y produire, qu'il fallait donc prévoir des modifications futures. Mais elles devaient être limitées quant à leur portée, la stabilité de l'ordre politique devait être compromise le moins possible, il ne fallait pas lâcher la bride à ce pouvoir constituant capricieux et dévastateur dans sa toute-puissance[40]).

---

[39]) PETION, 29 août 1791, arch. parl., 1re série, t. XXX, p. 50 et s. Condorcet opine dans le même sens, à cette séance.

[40]) Rapport de LE CHAPELIER, le 29 août 1791. Moniteur Universel, t. V, p. 1005 et 1006 ; divers orateurs : FROCHOT, BARNAVE, à la séance du 29 août, arch. parl., 1re sér., t. XXX, p. 50 et s.

Une raison plus décisive encore, d'ordre théorique, empêchait cette solution. Les hommes de la révolution avaient admis, à la suite de Rousseau, que toute loi devait être l'expression de la volonté générale. En adoptant le régime représentatif, ils n'en avaient pas moins conservé cette définition. La nation ne peut avoir d'autre voix que celle de sa législature ; les représentants de la nation sont chargés de vouloir pour son compte[41]), disait-on. La manifestation de leur volonté était posée comme équivalente à celle de la nation.

En fait, on substituait par là à la souveraineté platonique du peuple, la souveraineté très réelle du corps législatif ; mais la loi, grâce à ce raisonnement subtil, quoiqu'étant l'œuvre de quelques hommes, conservait les apparences d'un acte de liberté de la nation, et en récupérait de ce fait toute la force coercitive, parce qu'elle était considérée comme étant l'expression de la volonté générale.

Puisque la volonté nationale, qui est la volonté souveraine, trouvait son expression entière dans le corps législatif, quelle raison, quelle possibilité y avait-il encore de placer à côté et au-dessus de ce corps, un autre, chargé d'exprimer une volonté nationale supérieure à celle qu'exprimait le corps législatif ? Un corps constituant exprimant autre chose que ce que dirait le corps législatif eut été une contradiction.

La nation ne pouvait jouer ce rôle puisque par définition, elle ne devait parler que par la bouche de ses représentants. Le pouvoir législatif, ainsi investi de la volonté la plus haute qui fût dans l'Etat, n'était plus au niveau des autres pouvoirs constitués ; il leur devenait supérieur dans la mesure, où ils étaient incapables d'émettre une pareille volonté.

---

[41]) « La nation de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation », art. 2 du titre III de la constitution du 3 au 14 sept. 1791. cf. DUGUIT et MONNIER, op. cit., p. 7.

C'est surtout Barnave qui a fait ressortir cette qualité du représentant qui est de vouloir pour la nation. L'élection n'est qu'un caractère secondaire.

Il venait se placer au-dessus d'eux et prenait la place réservée au pouvoir constituant dont il absorbait les fonctions[42]). La loi ordinaire se trouvait du coup surélevée d'autant et rapprochée de ce qu'aurait été la loi constitutionnelle, elle acquérait la même force, la loi constitutionnelle ne s'en distinguait plus que par les difficultés de procédure qui pouvaient entrer dans son élaboration.

Une distinction d'origine, comme l'aurait exigé la doctrine révolutionnaire, devenait pratiquement impossible.

§ 2me : La solution positive

Aussi la doctrine du pouvoir constituant n'a-t-elle été vraiment réalisée dans notre histoire politique française qu'au lendemain des révolutions et des coups d'Etat, à des moments où son existence était en quelque sorte une fatalité inéluctable. Mais sitôt que l'organisation de l'Etat s'était quelque peu affermie, le pouvoir constituant s'évanouissait et la distinction si haute et si profonde entre la constitution et la loi se réduisait à peu de choses près à une simple différence de procédure, qui souvent rendait l'élaboration d'une révision non seulement difficile, mais presque impossible.

Elle s'est aussi réalisée partiellement sous la restauration, lorsque le roi par sa charte octroyée prétendait incorporer à lui seul la souveraineté, la collaboration de la représentation nationale à l'œuvre législative n'étant qu'une concession de sa part.

---

[42]) « Une fois qu'il est admis que par les lois, le corps législatif édicte la volonté générale, il devient inévitable de lui reconnaître la faculté d'aborder par ses lois tous les objets possibles. La volonté générale, en effet, est une comme la souveraineté: quel que soit l'objet sur lequel elle s'exerce, elle n'admet point de puissance supérieure à la sienne. Son empire s'étend aussi bien aux questions fondamentales d'organisation des pouvoirs étatiques qu'à toute autre matière appelant de la règlementation. » CARRE de MALBERG, La loi, expression de la volonté générale, p. 111.

La constitution des 3—14 septembre 1791[43]) stipulait les règles suivantes concernant la révision : L'initiative doit être prise par trois législatures consécutives ; lorsque celles-ci auront émis trois fois de suite un vœu identique, la quatrième législature recevra lors de son élection un nombre supplémentaire de membres, soit 249 ; les membres de la législature précédente n'y seront point admis. Cette quatrième législature s'occupera de la révision, mais elle ne pourra statuer que sur les points soumis à sa délibération par le vœu de révision des trois législatures précédentes, et son œuvre terminée, les 249 membres supplémentaires rentreront dans leurs foyers, les autres membres continuant à siéger pour assurer la fonction législative. L'intervention du peuple est des plus restreintes. Tout ce qu'il peut, c'est désavouer ses députés, et renvoyer siéger à la chambre des députés hostiles à la révision ; il n'a en somme qu'une faculté d'empêchement, qui est des plus aléatoires. Mais il convient en outre de remarquer, que le peuple ne peut intervenir lors du vote de la révision par la quatrième législature, ni pour la désapprouver ni pour la ratifier. Celle-ci est maîtresse de la révision.

Suivant la lettre même du texte, nous ne sommes nullement en présence d'une assemblée constituante spéciale ; elle compte, il est vrai, un nombre supplémentaire de membres, mais elle ne peut faire œuvre indépendante, elle reste liée par le vœu des législatures précédentes. Et elle-même cumule en outre, au cours de la session, la fonction législative ; elle n'incorpore donc pas une autorité plus haute que celle des législatures ordinaires. Les lois constitutionnelles ne se distinguent point des autres lois par une différence d'origine, mais uniquement par une différenciation de procédure, qui a pour but de retarder l'œuvre de révision et de la rendre plus difficile. L'on ne pourra pas modifier la loi constitutionnelle aussi facilement que les lois ordinaires. Ces dernières peuvent

---

[43]) DUGUIT et MONNIER, Les Constitutions et les principales lois politiques de la France, 3e éd. 1915, p. 1.

l'être au cours d'une seule législature, les premières requièrent l'assentiment préalable des trois législatures et en fin de compte celui d'une assemblée, dont le nombre de membres aura été accru.

* * *

Cet échec immédiat de la doctrine révolutionnaire dans la pratique, ne l'a pas empêché d'acquérir une grande vogue dans le restant de l'Europe. Elle y a régné tout au moins pendant la première moitié du 19^{me} siècle. Mais aujourd'hui, presque partout comme en France, la caractéristique de la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires n'est plus recherchée dans une séparation faite entre le pouvoir constituant du peuple et les pouvoirs constitués de l'Etat. D'autres principes, d'autres préoccupations ont surgi, qu'il s'agit d'étudier à présent.

CHAPITRE DEUXIEME

Le changement de concept aux temps modernes

« Et je puis donc le qualifier comme une conquête de notre civilisation politique, qu'aujourd'hui une constitution ne nous apparaisse plus que comme une sorte de loi. »

Bernatzik (Der Verfassungsstreit zwischen Schweden und Norwegen.)

Le concept moderne de la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires, que nous allons essayer de définir, ne s'est pas formé d'un jour à l'autre. Ses origines remontent à la grande révolution elle-même : dans les débats qui se déroulèrent alors dans les assemblées constituantes, l'ébauche de cette nouvelle compréhension fut tracée par certains hommes politiques plus friands de faire œuvre sage que de faire œuvre doctrinale et idéologique. Disons mieux, les réalisations qui furent entreprises sous le coup de la phobie des événements révolutionnaires rappellent singulièrement la pratique d'aujourd'hui. Pour de nombreux orateurs la création d'un pouvoir constituant était synonyme de troubles et d'agitation, et la majorité encore bourgeoise, après avoir solennellement déclaré l'éminente supériorité des conventions nationales, s'est empressée de leur enlever tout ce qui, faisant leur grandeur, les rendait aussi dangereuses : nous avons vu plus haut que la révision de la constitution

fut en définitive confiée par la constitution des 3—14 septembre 1791 à une législature légèrement maquillée.

Les préoccupations utilitaires ont continué de prévaloir chez nos législateurs modernes. Ils ont eu le souci de faire avant tout œuvre utile et durable. Leur travail a été largement secondé par la doctrine. Le temps et le nouvel aspect de la société y ont contribué pour leur part.

A la base du nouveau concept se trouvent deux éléments : la suprématie de l'organe législatif et l'affaiblissement de la notion du pouvoir constituant. Ils servent en quelque sorte d'infrastructure à la nouvelle notion de la distinction. L'organe législatif a vu consacrer sa suprématie, parce que l'établissement d'un pouvoir constituant a été rejeté par les hommes d'Etat pour des raisons d'ordre pratique et opportuniste. Le cumul des fonctions législatives et constituantes par un seul organe a détruit toute distinction d'origine entre les lois constitutionnelles et ordinaires. La justification théorique a été parfaite, dès que l'on eut prouvé l'identité de nature existant entre la loi constitutionnelle et la loi ordinaire. L'organe législatif, érigé en représentant exclusif de la souveraineté nationale est devenu l'arbitre suprême de tous les conflits qui peuvent surgir dans l'Etat. Il n'existe donc plus de différenciation par organe, à tout le moins cette différenciation n'a-t-elle qu'une valeur nominale.

Pareil fait n'empêche pas en théorie que la loi constitutionnelle soit encore considérée comme la loi fondatrice de l'ordre étatique. Cependant sur ce point également un grand changement est intervenu. La notion du pouvoir constituant s'est affaiblie.

Ces deux éléments sont en relation étroite l'un avec l'autre. L'affaiblissement de la notion du pouvoir constituant a grandement facilité l'accès du législatif à cette fonction ; cette pratique, de son côté, inspirée par le désir d'acheminer la révision par des voies plus stables et plus normales, a réduit considérablement la portée de la mission du pouvoir

constituant. L'objet des trois sections qui vont suivre est de nous faire mesurer la profondeur de ces deux aspects de l'évolution de la distinction.

Section première :

Les sources historiques et doctrinales de la suprématie de l'organe législatif

§ 1er : Les sources historiques

Il ne peut être question ici de retracer toute l'histoire constitutionnelle des pays de l'Europe ; il nous suffira pour illustrer notre thèse de faire ressortir les solutions adoptées par les plus importants d'entre eux à certaines époques décisives de leur développement.

A. — La pratique française

Les exemples que nous pourrions fournir ne manquent point de variété. Nous préférons en faire ressortir deux que nous traiterons en détail ; nous les avons choisi dans l'époque des chartes. Voici pourquoi : Ni la charte de 1814, ni celle de 1830 n'avaient prévu la question de la révision. Sa solution a donc dû être établie uniquement suivant les données de l'opportunité et de la logique. La théorie pure pouvait reprendre ses droits et les amateurs de doctrine ne manquèrent pas d'en profiter. D'autre part, la résurrection de l'institution de la royauté, impliquait virtuellement un échec du principe de la souveraineté nationale ; en tout état de cause ce dernier devait-il rencontrer une forte opposition du fait de la royauté qui, pour revendiquer la souveraineté à son profit, s'appuyait sur une tradition séculaire, une longue suite d'habitudes acquises dans l'administration de la chose publique.

La représentation nationale, institution toute récente, ne puisait sa force que dans la volonté de la nation. « Création

statutaire » elle devait regarder constamment du côté du peuple dont elle devait représenter la volonté : « volonté de tous, mais volonté d'un jour, tendue et toute puissante aujourd'hui, demain languissante et sans nerf »[44]). Elle suivait fatalement « dans toute leur amplitude les oscillations de l'esprit public ».

Nous savons aussi que Louis XVIII avait eu la ferme intention de reprendre la vie constitutionnelle du pays à peu près telle qu'elle avait été interrompue par la révolution.

Il est des plus instructifs en conséquence, d'étudier l'évolution de la notion à cette époque si critique pour elle ; cela d'autant plus, que la plupart de nos institutions et pratiques parlementaires d'aujourd'hui se sont formées à ce moment.

A. — La charte constitutionnelle de 1814[45]) était une charte octroyée par le roi ; il était le titulaire effectif de la souveraineté, et il avait seul le droit de décider de la constitution et des lois ordinaires. Mais pour ces dernières il avait concédé un droit de collaboration à la représentation nationale. Il y avait donc dans ces conditions une différence d'origine entre les deux sortes de lois. La charte ne parlait point des conditions de sa révision. Il était néanmoins certain, que ce droit appartenait seul au roi. Par une ordonnance royale, datée du 13 juillet 1815[46]), des modifications furent apportées au nombre des députés, ainsi qu'à la limite d'âge pour l'éligibilité, qui fut abaissée. Cette ordonnance annonçait toutefois, que les articles de la charte concernant ces questions seraient soumis à la révision par le pouvoir législatif, lors de la prochaine session ; cette révision n'eut pas lieu. Mais par après les chambres votèrent le 5 février 1817, le 29 juin 1820, ainsi que le 9 juin 1824, trois lois qui portèrent révision de plusieurs

---

[44]) BOUTMY, Etudes de droit constitutionnel. Paris 1913, p. 229 et 230.

[45]) DUGUIT et MONNIER, op. cit., p. LXXXVII.

[46]) BARTHELEMY Joseph, Les origines du régime parlementaire. Paris 1904, p. 7 et s.

matières inscrites dans la charte. Les chambres accomplissaient de cette sorte la fonction constituante au même titre que la fonction législative.

Les nouvelles idées étaient déjà trop fortement entrées dans les esprits. Le roi ne pouvait plus, malgré les efforts désespérés des ultras, se réserver à lui seul les attributs de la souveraineté ; il a dû en partager l'exercice avec la représentation nationale. La royauté constituait un véritable anachronisme parmi ces nouveaux concepts, elle n'a pu se tenir en place qu'en acceptant de devenir une simple institution représentative de la volonté nationale à l'instar des représentants élus.

B. — La charte de 1830 fut l'œuvre des Chambres siégeant au moment de la révolution de juillet. Elles élaborèrent les nouveaux textes et les présentèrent à l'acceptation du candidat au trône. La question de la révision se posa en 1831 et en 1842. La première fois elle ne souleva guère de difficulté, car la charte avait décidé que la loi électorale serait votée ultérieurement par les deux chambres et le roi.

Mais rien de tout cela n'avait été prévu pour 1842[47]). Il s'agissait en l'espèce d'un complément à ajouter à la charte touchant la dévolution de la régence, complément sans nul doute à caractère constitutionnel, puisqu'il intéresse la question de l'organisation des pouvoirs. Qui devait avoir qualité pour opérer la révision ? Sous le régime de la charte acceptée, la souveraineté revenait à nouveau à la nation ; son exercice effectif était partagé entre le roi, la chambre des pairs et la chambre des députés, qui ensemble formaient l'organe législatif. L'établissement de la charte avait été le résultat de leur entente commune ; les lois ordinaires pareillement

[47]) BARTHELEMY Joseph, Distinction des lois constitutionnelles et ordinaires sous la monarchie de juillet dans Revue du droit public et des sciences politiques, t. XXVI, 1909, p. 5.

étaient leur œuvre. Etaient-ils compétents pour opérer des modifications à la charte, ou bien fallait-il recourir désormais à une assemblée spécialement élue ? La charte était muette sur cette question. La solution en était donc laissée à l'appréciation des hommes politiques du jour.

La discussion fut des plus âpres, elle fut menée de front au parlement, dans la presse et parmi le grand public. Parlaient en faveur d'une assemblée constituante à la chambre des députés : Hello[48]) et Ledru-Rollin. Leur argumentation puisait son inspiration dans la doctrine du pouvoir constituant, telle qu'elle avait été élaborée par la révolution. La constitution est la garantie prise par le peuple contre ceux qui font ses affaires. C'est au peuple, c'est au souverain seul qu'appartient le pouvoir de faire et de défaire la constitution. Il fallait donc tout au moins consulter le peuple afin qu'il élise une assemblée constituante spéciale munie des pleins pouvoirs pour réviser la constitution en son nom. Déjà l'assemblée nationale constituante de 1789 avait établi, que la sanction royale n'était pas requise pour la perfection des lois constitutionnelles. Par là même le pouvoir constituant se distinguait du pouvoir législatif, auquel le roi participait. Remettre à l'organe législatif, qui était un organe subalterne, la fonction constituante, était tout simplement une monstruosité.

L'opinon contraire devait cependant triompher. On se rappelait non sans raison tous les arguments d'ordre pratique qui avaient été déjà donnés en 1789. Résumant l'opinion du gouvernement et de la majorité, le ministre Guizot dit le 18 avril ceci :[49]) « Si l'on prétend qu'il existe ou qu'il doit exister au sein de la société deux pouvoirs, l'un ordinaire,

---

[48]) HELLO, Du régime constitutionnel, 3e éd. 1848, t. II, p. 27. MONITEUR, 1842, p. 1807 et s.
cf. également DE TOQUEVILLE, La démocratie en Amérique, 13e éd., 1850, t. II, p. 398, il est pour l'immutabilité de la constitution, parce qu'il y a une distinction nette entre le pouvoir constituant et législatif.

[49]) MONITEUR, 1842, p. 1389.

l'autre extraordinaire, l'un constitutionnel, l'autre constituant, l'un pour les jours ouvrables (permettez-moi cette expression), l'autre pour les jours fériés, en vérité, Messieurs, on dit une chose insensée, pleine de dangers et fatale. Le gouvernement constitutionnel est la souveraineté nationale organisée. Hors de là il n'y a plus que la société flottant au hasard, aux prises avec les chances d'une révolution... Soyez tranquilles, Messieurs, nous, les trois pouvoirs constitutionnels, nous sommes les seuls organes légitimes et réguliers de la souveraineté nationale. Hors de nous il n'y a qu'usurpation et révolution. »

La loi de régence fut votée par les trois pouvoirs.

Toutes ces paroles sont d'un haut enseignement pour notre étude ; elles nous révèlent une conception diamétralement opposée à celle de la révolution. Celle-ci nous a dit — sans le faire d'ailleurs — que la constitution ne pouvait être l'œuvre d'un pouvoir subalterne de l'Etat, elle devait être l'émanation directe du souverain qui crée l'Etat ; Guizot nous dit que les pouvoirs de l'Etat représentent seuls la souveraineté nationale, et qu'à ce titre ils sont tout aussi habiles à faire les lois constitutionnelles que les lois ordinaires.

Il n'y a donc plus lieu de parler d'une différence d'essence et d'origine entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Ce n'est plus le pouvoir constituant qui est l'organe suprême, il est absorbé par le pouvoir législatif qui prend sa place. L'assemblée qui préside aux destinées ordinaires de l'Etat, les dirigera aussi dans la période délicate d'une refonte de son organisation politique. Elle sera l'arbitre de la situation. Les motifs nous ont été clairement donnés par M. Guizot. Ils ne s'inspirent plus de raisonnements et de déductions métaphysiques, mais le problème et sa solution sont placés sur le seul terrain de l'expérience et des faits.

B. — La pratique allemande

Une attitude pareille fut adoptée en Prusse[50]). Déjà en 1848, le monarque, cédant aux nécessités du temps, avait décidé que la charte serait faite d'un commun accord entre le roi et la représentation de la nation. Mais les troubles ayant continué à agiter le pays, l'assemblée fut renvoyée, et le roi promulgua une charte de sa propre autorité. Afin de ne pas violer entièrement sa parole, il ajouta que la charte serait soumise, aussitôt les chambres réunies, à leur amendement par voie législative. La seule restriction qui avait été prévue, exigeait que les modifications à la charte fussent faites en présence de la moitié au moins des membres et à une majorité des $\frac{2}{3}$ des votants. Cette condition ne fut pas appliquée. De la Prusse ce système passa dans la confédération des états de l'Allemagne du Nord, et fut repris ensuite par la constitution de l'empire allemand de 1871.

Voici ce que disait son art. 78 : « Les modifications ont lieu sous forme de loi ; elles sont considérées comme rejetées, quand dans le sein du conseil fédéral 14 voix se prononcent contre elles. » Au Reichstag, organe unitaire du Reich, aucune majorité spéciale n'était exigée. Les lois constitutionnelles y étaient aussi facilement modifiables que les lois ordinaires[51]). Mais le conseil fédéral devait réunir une majorité plus forte. Dans la confédération des Etats de l'Allemagne du Nord elle avait été des $\frac{2}{3}$; lors de la conclusion des traités avec la Hesse, la Bavière et le Wurttemberg, on lui substitua la majorité des $\frac{3}{4}$. Dans la constitution de 1871 le législateur s'exprime en termes négatifs : une opposition de 14 membres peut faire tomber la révision projetée. Le total des membres étant de 58 il faut en conclure que le projet devait réunir à tout le moins l'adhésion de 45 membres.

---

[50]) BORGEAUD, Etablissement et révision des constitutions en Amérique et en Europe, p. 72.

[51]) cf. LABAND, Deutsches Staatsrecht, t. II, § 55, p. 23 et s.

ce qui nous donne une majorité des ¾ + 3. La Prusse d'une part disposait de 17 voix, la Bavière, la Saxe et le Wurttemberg réunis en groupaient 14 ; cela permettait aux deux groupes antagonistes du Nord et du Sud de se tenir virtuellement en échec. Cette particularité de la procédure tenait donc au caractère fédéral de l'empire. L'exigence d'une majorité qualifiée au sein du conseil fédéral garantissait aux états confédérés leurs droits et prérogatives telles qu'elles résultaient de la constitution de 1871 et empêchait qu'ils ne soient modifiés contre leur gré.

Ce point étant élucidé, il convient de constater que l'organe législatif allemand exerçait — sauf une restriction dans l'ordre de la procédure — la fonction constituante en toute indépendance.

§ 2me : La formule juridique

Le désir de la stabilité est l'explication psychologique de la solution adoptée par les états du 19me siècle ; il nous reste à voir la formule juridique qui sanctionne et justifie la pratique envisagée.

A. — Une première explication nous est fournie par la théorie de la monarchie constitutionnelle. La souveraineté y repose sur le roi et le peuple représenté par l'assemblée nationale. La charte constitutionnelle est un véritable pacte, un contrat conclu entre les deux parties, où elles définissent leurs droits et leurs devoirs réciproques dans l'administration des affaires de l'Etat. Il y est notamment spécifié, qu'aucune loi ne saurait être portée par le roi seul. qu'il lui faudra toujours l'assentiment de la représentation nationale ; la loi ordinaire ne peut être que l'œuvre de leur consentement unanime. A plus forte raison leur entente sera-t-elle de nouveau nécessaire lorsqu'il s'agira de réformer le pacte, de régler diversement les obligations juridiques qui pèsent sur chacun des co-contractants. Aucune restriction ne saurait

être opposée à leur libre vouloir. Dès lors qu'il leur convient de modifier le pacte de leur alliance, ils le feront en suivant la même procédure usitée que pour la formation de la volonté législative normale.

B. — Les monarchies constitutionnelles n'ont été qu'une phase dans l'évolution de la souveraineté. Celle-ci eût tôt fait de passer entièrement à la nation. Nous avons déjà vu dans le chapitre précédent que le principe de la souveraineté nationale[52]) tend à assimiler la loi ordinaire à la loi constitutionnelle. Le jurisconsulte italien Palma[53]) écrit : « Si la souveraineté est le droit, ..., de régir l'Etat selon les lois et de changer les lois selon la nécessité, il n'y a aucune raison de distinguer une souveraineté ordinaire et une extraordinaire. Si la loi n'est qu'une règle, la constitution pourra être appelée la loi fondamentale, la première des lois, mais elle n'en est pas moins une loi, elle ne sort pas de la sphère des attributions des organes représentatifs de la nation. » Sous la révolution française la nation faisait exercer ses pouvoirs par des collectivités qui lui prêtaient leur voix et leur volonté. L'assemblée constituante nous a dit : « la nation ne saurait avoir d'autre voix que celle de sa législature. » « La représentation est chargée de vouloir pour le compte de la nation. » Et toujours le pouvoir législatif a été considéré dans notre droit positif français comme étant le seul porte-parole de la nation, dont les verdicts en tout état de cause ne sauraient être infirmés par elle.

Cette volonté nationale conserve une force identique à travers la diversité des objets traités par elle. Il n'est pas possible d'apercevoir comment une loi constitutionnelle, œuvre de la volonté nationale pourrait lier une loi ordinaire également l'œuvre de la même volonté. La volonté nationale émise postérieurement abroge celle qui le fut antérieurement,

---

[52]) HAURIOU Maurice, La souveraineté nationale et Précis de droit constitutionnel, p. 164 et s. CARRE de MALBERG, La loi expression de la volonté générale.

[53]) PALMA, Corso di diritto constituzionale, éd. 1884, t. I, p. 207.

chaque fois qu'il y a contradiction entre elles. Il n'y a donc pas de distinction d'origine ou d'essence entre les deux lois, et partant des représentations spéciales ne sont plus requises pour édicter les unes et les autres.

C. — Il était réservé à la doctrine allemande de présenter la théorie complète de l'identité de nature existant entre les deux lois. « La science allemande, si puissante dans le vieux monde », écrit M. Borgeaud[54]), « a abandonné de nos jours la doctrine de ses grands jurisconsultes du commencement et du milieu du siècle. Elle assimile peu à peu la loi constitutionnelle à la loi ordinaire. » Cette nouvelle école ne s'est pas introduite dans la place sans difficultés[55]). Mais avant la guerre sa théorie était, sauf de rares exceptions, unanimement admise. Citons parmi ses représentants les plus qualifiés : Jellinek et Laband[56]).

La doctrine allemande prend son point de départ non pas dans la souveraineté de la nation conçue comme ayant une personnalité distincte de celle de l'Etat. La nation ne se trouve organisée que dans et par l'Etat. Le droit ne saisit la nation qu'à travers l'Etat. Dire que l'Etat est souverain, cela équivaut à dire, qu'il a le pouvoir de domination sur les citoyens qui sont ses sujets. Son pouvoir comporte des manifestations diverses, que l'on peut diviser intellectuellement en deux ou trois grandes catégories : son pouvoir se manifeste par les lois qu'il émet, par ses actes d'exécution, par les jugements qu'il prononce. Mais c'est toujours le seul et même pouvoir qui se manifeste en des fonctions différentes.

Lorsque l'Etat agit, il le fait par l'intermédiaire d'hommes ou de collectivités qui sont ses organes, et qui ne forment

---

[54]) BORGEAUD, op. cit., éd. 1893, p. 51.

[55]) cf. MOHL, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik. Tübingen, 1862, I, p. 83, note 1, qui s'attaque violemment aux novateurs, et prend à parti Bischof qui vient d'exposer sa doctrine dans la Deutsche Vierteljahrschrift, III, 166.

[56]) JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 3e éd., chap. XV.
LABAND, Deutsches Staatsrecht, t. II, § 55, p. 23.

qu'un avec lui. La théorie française basait les liens qui unissaient les titulaires des pouvoirs au souverain, sur l'idée de la représentation. Cette explication a l'inconvénient de nécessiter le recours à une fiction pour poser la volonté des représentants, qui a son entité propre, comme étant celle du souverain. La théorie de l'organe juridique supprime cette difficulté.

Lorsqu'un organe agit, on sait par les termes qui sont employés, que ce n'est pas sa volonté personnelle qu'il exprime, mais celle de l'Etat dont il n'est qu'une partie. Les actes des organes sont tenus pour les actes de l'Etat, parce qu'ils ont été érigés de par le statut national en actes de l'autorité étatique. Toutes les règles, qu'elles soient constitutionnelles ou ordinaires, tirent leur force d'une même source, du souverain qui n'est autre que l'Etat ; elles sont une manifestation de sa volonté, et cette volonté est une, égale à elle-même, quelque soit l'objet auquel elle s'applique. Le contenu des lois constitutionnelles et des lois ordinaires peut être fixé par des organes différents, mais la sanction qui les rend exécutoires, et qui résultera du vote émis par ces organes, tient son caractère obligatoire du seul et même fait, qu'elle a été portée par les mandataires qualifiés de la communauté étatique, agissant en vertu de son pouvoir de commandement. Les lois constitutionnelles et les lois ordinaires ne sont plus des manifestations de volonté d'origine différente, elles dérivent toutes deux de la volonté étatique, la plus haute qui puisse être. Il n'y a plus aucune différence d'essence entre les deux lois. Laband écrit très justement[57]) : « La constitution n'est pas une puissance mystique qui plane au-dessus de l'Etat, mais elle est comme toute autre loi un acte de volonté de l'Etat et par conséquent modifiable selon la volonté de l'Etat... » Il en conclut très logiquement que là, où des conditions restrictives pour la révision n'ont pas été ordonnées par une règle juridique du droit positif, celles-ci ne sauraient se déduire de la nature juridique de la loi constitutionnelle et de ses rapports

[57]) LABAND, op. cit., t. II, p. 39.

avec la loi ordinaire. L'organe législatif ayant été jugé apte à émettre les lois ordinaires au nom de l'Etat, l'est donc tout autant pour les lois constitutionnelles. Il faudrait pour l'en priver un ordre formel de l'Etat.

Section deuxième :

La suprématie de l'organe législatif

Lorsque nous parcourons aujourd'hui les solutions données par les législations modernes, nous pouvons constater, que partout l'organe législatif est le maître suprême de la vie constitutionnelle. Il ne nous est pas possible d'en donner le tableau complet ; cela ne ferait qu'alourdir nos développements, et n'est d'ailleurs nullement nécessaire, car quelque soient les variations d'un pays à l'autre — et elles sont infinies — il y a cependant entre elles toutes des similitudes et des points de rapprochement qui permettent de les classer en trois grandes catégories. Une première série comprendra les Etats qui établissent deux organes distincts pour la législation constitutionnelle et ordinaire, la seconde concerne les Etats qui soumettent leur législature à un renouvellement préalable et la troisième confie la révision sans autre forme de procédure à l'organe législatif ordinaire. Bien entendu, nous devrons faire abstraction dans nos explications des événements récents, qui à l'issue de la Guerre de 1914—1918 amenèrent dans l'Europe centrale la création de nombreux Etats nouveaux et le bouleversement profond de quelques-uns déjà existants. Là, très certainement, la théorie révolutionnaire s'appliquait par la force même des choses. La constitution y redevenait pleinement l'acte fondateur de l'Etat ; elle était l'œuvre d'une assemblée constituante spéciale représentant la nation dans la plénitude de son pouvoir de disposition. Ce sont là des faits inévitables dans toute histoire constitutionnelle, quand l'ordre juridique se trouve violemment interrompu. Pour nous,

il s'agit d'examiner l'attitude de ces Etats, une fois formés et affermis, touchant notre problème et la solution juridique qu'ils en préconisent.

Nous allons étudier dans les lignes suivantes la procédure usitée pour la rédaction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles dans les constitutions types de chacune des trois catégories. Nous verrons d'abord le système français, puis nous passerons au système belge et de là au système germanique. Pour chacun des trois systèmes, dont les variations dans la solution pourrait impliquer à première vue une modification dans la conception, nous indiquerons aussi les déviations, qui interviennent dans certains Etats et peuvent induire à croire, que l'on y a suivi d'autres principes. En même temps que la description du droit positif, nous indiquerons dans la mesure du nécessaire le pourquoi de la solution adoptée.

§ 1er : Les régimes à organe spécial

A. — La constitution française

Les trois lois constitutionnelles françaises de 1875[58]) présentent un aspect assez original. Placées entre deux influences contraires : la doctrine du pouvoir constituant que leur avait léguée la tradition révolutionnaire, et l'exemple de la conception anglaise qui ne fait aucune distinction d'ordre juridique ainsi que, celui du régime des chartes, elles s'élaborent sous une préoccupation pratique, qui va prévaloir. D'abord conçues pour être la loi d'organisation du septennat du prési-

---

[58]) DELPECH et LAFERRIERE, Les constitutions modernes, t. I, p. 1.
LEFEBVRE, Etude des lois constitutionnelles de 1875, p. 60 et 193.
HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, 2e éd., 1929, p. 326 et s.
ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel et français, 7e éd., t. II, p. 495.

dent maréchal de Mac-Mahon, leur destinée s'élargit : elles deviennent une constitution d'attente. En effet, les partis présents à l'assemblée nationale, royalistes et républicains, n'étaient pas assez forts pour imposer leur volonté et établir de façon définitive et certaine le régime de leur choix. Il fallait donc faire un compromis ; tout en remettant à un organe spécial la compétence de modifier la constitution, l'on s'arrangea de sorte, à ce que ce régime volontairement indéfini put être changé très facilement, dès que les circonstances le permettraient. Pour une fois l'on ne rechercha pas la stabilité. Tous ces facteurs conjugués nous ont valu une constitution qui, tout en rendant hommage à la doctrine révolutionnaire par l'établissement d'une assemblée nationale spéciale, a néanmoins trouvé une formule assez élégante pour écarter ce que pouvait avoir de redoutable ce pouvoir constituant, et effacer ainsi toute distinction fondamentale entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires.

A. — En France, l'organe législatif se compose de deux chambres : le sénat et la chambre des députés. Les lois ordinaires ne sont parfaites, que lorsque chacune des deux chambres a voté séparément un texte identique ; le vote se fait à la majorité absolue des membres présents et votants.

La rédaction de la loi constitutionnelle nécessite une procédure plus ample, des formes plus solennelles. Suivant l'art. 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 les deux chambres prennent séparément, à la majorité absolue des voix, la résolution qu'il y a lieu de réviser les textes constitionnels ; sur ce, les deux chambres se réunissent à Versailles en assemblée nationale, pour procéder à la révision. Le vote s'effectuera à la majorité absolue des membres composant l'assemblée nationale.

B. — Cette assemblée, à laquelle est confié le soin de réviser la constitution est un organe juridiquement distinct de l'organe législatif. En effet, malgré les termes un peu ambigus

des textes[59]), l'on ne saurait en déduire que l'assemblée nationale ne serait qu'une formation spéciale du pouvoir législatif.

Les deux chambres ne sont pas deux branches, qui en temps normal siégeraient séparément et qui pour l'opération constituante se réuniraient en assemblée plénière. En Suisse le conseil national, représentant le peuple suisse dans son unité, et le conseil des Etats, représentant les cantons, sont les deux parties composantes de l'assemblée fédérale. En France il en va autrement. Nos deux chambres n'ont pas de pouvoirs complémentaires ; chacune d'elles pourrait à la rigueur représenter seule la volonté nationale, elles ont en quelque sorte des pouvoirs parallèles. Si la constitution a établi deux chambres, et exigé de leur part un double vote concordant, elle ne l'a fait que par mesure de prudence politique ; elle a divisé le pouvoir législatif, afin de l'affaiblir. Le sénat est un contrepoids destiné à arrêter les actions irréfléchies et trop rapides, coutumières chez une assemblée unique.

L'assemblée nationale n'est pas une réunion des deux chambres ; elle est une réunion du personnel parlementaire composant les deux chambres. La fonction de sénateur et de député n'est prise en considération qu'autant qu'elle est nécessaire pour ouvrir à ceux qui sont investis de cette qualité, les portes de l'assemblée nationale ; mais une fois réunis, ils y siègent en qualité de membres de l'assemblée nationale. Cela est si vrai, qu'un décret de dissolution, venant à frapper la chambre des députés, n'empêcherait nullement les députés de continuer à siéger à l'assemblée nationale et de participer à ses travaux.

C. — Cependant, à considérer les choses de plus près, les deux chambres — l'organe législatif — ont la haute main sur la révision ; ce sont elles qui ont l'initiative et qui par la

---

[59]) « Après que chacune des 2 chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en assemblée nationale pour procéder à la révision. » Art. 8, al. 2 de la loi du 25 février 1875. DUGUIT et MONNIER, op. cit., p. 320.

seule force de leur vœu déterminent leur réunion en assemblée nationale. Aucune autre volonté ne peut intervenir ; le corps électoral n'est pas consulté. Le vœu émis par les chambres limite étroitement l'œuvre de l'assemblée nationale; La nécessité du consentement implique qu'il porte sur des questions précises, et alors l'assemblée nationale en s'en écartant agirait sans le consentement des chambres qui lui est légalement nécessaire ; son œuvre serait nulle et non avenue. Ceci est plus particulièrement la théorie littéraire. Il convient d'ajouter en outre que la limitation des pouvoirs était requise par le principe de la dualité des chambres. La collaboration nécessaire entre la chambre des députés et le sénat ne doit pas être une collaboration de dupes ; il ne faut pas que le sénat, numériquement plus faible, se trouve subitement au cours de la révision en présence d'entreprises aventureuses, voire même d'attaques dirigées contre son existence et qu'il ne pourrait pas arrêter. Le congrès de Versailles est de plus un rouage gouvernemental, agissant en vertu d'un mandat spécial ; il ne peut s'arroger un droit souverain sur la constitution dont il n'est qu'une émanation. L'assemblée nationale est elle-même un pouvoir constitué ; elle peut parfaitement réviser la constitution sans être investie d'un pouvoir illimité. Ces raisonnements se trouvent amplement confirmés par les débats qui eurent lieu avant chacune des révisions de 1879 et 1884[60]). Chaque fois des orateurs très fougueux étaient intervenus pour demander que fussent reconnues à l'assemblée nationale, les droits et prérogatives d'une convention toute puis-

---

[60]) BOUSQUET de FLORIAN, Révision des Constitutions, thèse. Paris 1891, p. 80 et s.
Journal Officiel 1875, p. 566.
Journal Officiel 1884 Sénat débats, p. 1348.
Citons parmi les partisans d'une assemblée constituante : Clémenceau, Naquet et Barodet ; Gambetta se déclare plutôt partisan d'une révision limitée. Il faut d'ailleurs remarquer que les débats sur cette question servirent souvent de prétexte pour faire tomber le ministère.

sante et illimitée, parce que ces caractères étaient de l'essence même du pouvoir constituant. Ces propositions n'ont jamais été acceptées, et l'on a décidé que l'assemblée nationale ne saurait faire porter ses délibérations sur d'autres objets que ceux qui lui auraient été soumis par le vœu de révision des deux chambres. Par là même l'assemblée nationale perd le caractère d'une assemblée constituante indépendante et illimitée.

D. — Il faut remarquer de plus, que l'assemblée nationale se compose, en fait du personnel parlementaire en exercice au moment de la révision. Le parlement considéré dans ses membres individuels reste maître de la révision toute entière ; les deux majorités qui séparément dans les deux chambres ont voté le vœu de révision, vont se regrouper au sein de l'assemblée nationale, y fusionner en une majorité compacte, pour donner force constitutionnelle aux textes proposés. Ce sont les mêmes hommes qui se retrouvent, les mêmes idées qui, ébauchées dans les deux assemblées législatives, vont être consacrées par l'assemblée nationale. Entre l'organe législatif et l'organe constituant s'établit une union de personnes, et aucun effort n'est fait pour masquer cette identité : le bureau du sénat, en devenant de plein droit le bureau de l'assemblée nationale, prolonge de façon tangible le parlement à l'intérieur de l'enceinte du congrès.

E. — L'assemblée nationale limitée, contingentée, dominée de toutes parts par la volonté du corps législatif, n'apparait nullement comme étant un pouvoir autonome, comme investie d'une puissance plus haute que celle confiée au parlement.

La loi constitutionnelle ne tire en définitive sa force que du parlement qui est l'autorité suprême dans l'Etat et qui est le représentant qualifié de la volonté nationale[61]). Du point de

---

[61]) M. CARRE de MALBERG écrit très justement: Le parlement « est maître de la constitution en ce double sens qu'elle ne peut d'abord être modifiée sans son consentement, et qu'en outre, il est capable de la modifier par sa propre puissance, c'est-à-dire par le seul fait que les majorités des 2 chambres ont à cet égard, des volontés concordantes ». La loi, expression de la volonté générale,

vue juridique, malgré l'institution d'un organe spécial, la loi constitutionnelle ne se sépare de la loi ordinaire ni par une différence dans l'ordre de la nature, ni même dans l'ordre de la stabilité, surtout en ce qui concerne notre droit public français. Très logiquement, la constitution de 1875 a suivi ses devancières de 1791, qui firent du parlement le porte-parole de la souveraineté nationale ; dès lors il n'y avait plus de distinction possible[62 et 63]).

---

p. 114. Un peu plus loin il compare le parlement au Maître Jacques de « Harpagon », qui réunit en sa personne plusieurs qualités, changeant de veste pour chaque nouvelle fonction.

[62]) Deux autres Etats, la Pologne, par sa constitution du 17 mars 1921, et la Grèce, par sa constitution du 2 juin 1927, ont adopté les mêmes principes.

Le sénat polonais participe à la révision comme en France, mais il est privé du droit d'initiative. Le droit polonais connait deux sortes de révision : l'une ordinaire, où les deux chambres statuent en assemblée nationale à la majorité ordinaire ; c'est une révision de droit qui a lieu tous les 25 ans. Cette réminiscence peu heureuse de l'ancienne constitution polonaise du 3 mai 1791 est toute semblable à la pratique portugaise qui admet une révision de droit tous les 10 ans. Mais la révision sera de plus possible à tout moment sur la proposition d'un quart au moins du nombre des députés, elle sera votée à la majorité des ⅔ des votants, la moitié au moins des membres étant présents.

DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. II, p. 270 et s.

CROZAT Charles, Les constitutions de la Pologne et de Dantzig, thèse, Toulouse 1923.

[63]) En Grèce, alors que les lois ordinaires sont adoptées par les deux chambres séparément, la loi constitutionnelle est modifiée par les deux chambres réunies en assemblée nationale ; mais au préalable, et au moins trois mois plus tôt, la proposition doit avoir recueilli la majorité absolue des suffrages dans chacune des deux chambres. A l'assemblée nationale, elle doit recueillir la majorité des $^{3}/_{5}$ du total des membres. Ajoutons que par une légère concession aux idées démocratiques, la constitution prévoit pour les chambres la possibilité de soumettre leur décision à un plébiscite ; dans ce cas la modification ne sera parfaite qu'après l'issue du plébiscite. Son jeu est abandonné à la bonne volonté des chambres.

DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. I, p. 621 et s.

ALEXANDRE, L'organisation politique de la Grèce d'après la constitution républicaine du 29 septembre 1925, thèse. Paris 1927. Uniquement pour les renseignements généraux sur le droit public des Hellènes.

B. — **La constitution bulgare**

Il existe encore à l'heure actuelle un état établissant un organe spécial, véritablement distinct, chargé de la révision. C'est la Bulgarie[64]). Donnons un aperçu succinct de la procédure législative et constitutionnelle.

A. — La fonction législative est exercée par l'Assemblée nationale ordinaire et le roi. La fonction constituante est dévolue à une assemblée spéciale, la grande Assemblée nationale, qui ne fonctionne que par intermittence.

L'initiative des lois ordinaires appartient au roi et à l'assemblée ; ces dernières sont parfaites, dès qu'elles ont été adoptées par l'assemblée nationale à la majorité des voix exprimées, à condition toute fois qu'un tiers au moins des membres ait été présent, et qu'elles aient reçu la sanction du roi.

L'initiative de la révision appartient également au roi et à l'assemblée ordinaire. Lorsque l'organe législatif a pris la décision de modifier la constitution, à une majorité de plus de $\frac{2}{3}$ de ses membres, les électeurs sont convoqués aux fins d'élire les députés à la grande Assemblée nationale, et cela en nombre double de celui des assemblées ordinaires. L'assemblée constituante discute ensuite la déclaration législative de révision, soumise à sa délibération.

L'art. 169 dit que la grande Assemblée nationale examine les propositions présentées par l'organe législatif et qu'elle les décide à la majorité des $\frac{2}{3}$ des membres élus. Il semble ressortir de ce texte que l'assemblée de révision ne doive pas dépasser le cercle des matières présentées par le vœu soumis à elle.

---

[64]) DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. I, p. 371 et s.

Si nous en croyons l'affirmation faite par M. Zlatanoff[65]), l'assemblée constituante peut faire porter ses délibérations sur des points non compris dans le vœu de révision[66]).

La décision ainsi prise sera cependant dispensée de la sanction royale. C'est qu'en effet la grande Assemblée nationale représente par excellence la nation souveraine telle qu'elle s'est manifestée après l'émancipation par la Sublime Porte, en 1879, lorsqu'elle eut pour mission d'élaborer la constitution et de choisir son prince. Le roi ne tenant sa couronne que de la Grande assemblée, ne participe pas à l'œuvre constitutionnelle avec effet décisif.

L'assemblée constituante, son œuvre terminée, se dissout.

B. — Il convient de remarquer que cette spécialité de l'organe ne permet pas de ranger la Bulgarie aux côtés des Etats-Unis de l'Amérique du Nord. La Bulgarie est une monarchie constitutionnelle avec représentation nationale, elle tient par certains côtés du système belge, qui soumet sa législature à une réélection ; mais elle en diffère par le fait que la grande Assemblée nationale, tout en comprenant sans doute pratiquement la grande majorité des députés de la législature ordinaire — du moins ceux qui auront été réélus —, y voit affluer des éléments nouveaux, la révision a lieu sans la sanction royale. L'assemblée, sa mission terminée, rentre dans le néant ; la grande assemblée nationale n'a pas la compétence législative. Elle statue par contre sur les cas de cession et d'échange de territoire, sur l'acceptation par le roi de la couronne d'un Etat étranger, elle pourra aussi être convoquée, pour se choisir un nouveau roi au cas de décès sans héritier de l'ancien : elle est donc de façon plus générale un organe spécial chargé de prendre les décisions sur les ques-

---

[65]) ZLATANOFF, La constitution bulgare et ses principes, thèse. Paris 1926, p. 107 et s.

[66]) M. ZLATANOFF cite l'exemple des révisions de 1893 et 1911 où l'on a modifié des articles non compris dans le vœu de révision, op. cit., p. 112.

tions les plus délicates[67]) de la vie de l'Etat. Chaque fois qu'il faut discuter d'une affaire très grave, la nation tient à ce que cela soit fait par une assemblée s'appuyant spécialement sur une votation récente opérée en vue de l'objet du litige, afin qu'il soit certain, que la solution adoptée est conforme au vœu populaire.

La constitution dit dans son art. 85 : La représentation nationale est constituée par l'assemblée nationale « qui peut être

1° l'Assemblée nationale ordinaire, 2° la grande Assemblée nationale ».

Si nous faisons abstraction pour les lois ordinaires de la sanction royale qui d'ailleurs ne peut être refusée, l'on doit dire que le peuple se trouve directement à l'origine des deux lois. Alors qu'aux Etats-Unis la loi ordinaire, œuvre de la législation, n'est pas considéré comme étant l'œuvre du peuple, mais celle d'un agent subalterne ; en Bulgarie comme en France la loi ordinaire, œuvre de l'assemblée nationale ordinaire puise directement sa force dans le peuple. La loi ordinaire bulgare est l'expression de la volonté générale, au même titre que la loi constitutionnelle. Mais le peuple bulgare agit chaque fois par l'entremise d'un organe spécial, dont l'adaption à sa mission particulière détermine sa structure et les règles de son activité. La différenciation par organe n'est qu'une condition de procédure, elle n'implique pas une origine plus haute et une différence d'essence.

§ 2me : La suprématie de l'organe législatif dans le régime belge

Avec le système belge nous étudions un régime qui fut déjà réalisé en partie par la révolution française. L'organe

---

[67]) Ces questions peuvent être considérées comme étant ratione materiae des questions constitutionnelles ; elles sont d'ailleurs mentionnées séparément par la constitution (art. 141, 142, 143) à raison des personnes ou collectivités qui peuvent en saisir la grande assemblée nationale.

législatif réalise la révision, mais il ne le peut qu'après avoir subi le renouvellement.

A. — La constitution belge[68]) est déjà très ancienne ; elle date de 1831 ; les retouches, qu'elle a subies, n'ont pas modifié la solution donnée concernant le problème qui nous occupe. Comme sous la monarchie de juillet les trois pouvoirs constitutionnels ont compétence pour modifier la constitution, sauf à noter la particularité susindiquée. Il est très significatif, que ce procédé ait été adopté par la presque totalité des monarchies constitutionnelles ou principautés. Ce sont le Danemark et l'Islande, le grand-duché du Luxembourg, les royaumes de Norvège, des Pays-Bas, de Roumanie, des Serbes, Croates et Slovènes (constitution du Vidovdan) et de la Suède[69]).

B. — Mais voici par ailleurs comment se déroule cette procédure.

Le pouvoir législatif est exercé par la chambre des représentants, le sénat et le roi collectivement. Pour la validité des décisions, il est nécessaire que la majorité des membres soient présents dans chacune d'elles, et qu'elles aient obtenu la

---

[68]) Constitution du 7 février 1831, Delp. et Lafer., op. cit., p. 345, t. I.
ERRERA Paul, Traité de droit public belge. Paris 1918, p. 20, 627.

[69]) Constitution du Danemark du 5 juin 1915. Delpech et Laferrière, op. cit., t. I, p. 395.
Constitution de l'Islande du 28 février 1920. Delp. et Lafer., op. cit., t. I, p. 419.
Constitution du Luxembourg du 17 octobre 1868. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 161.
Constitution de la Norvège du 17 mai 1814. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 201.
Constitution des Pays-Bas du 30 novembre 1887. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 227.
Constitution de la Roumanie du 29 mars 1923. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 351.
Constitution de la Yougo-Slavie du 15—28 juin 1921. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 431.
Constitution de la Suède du 6 juin 1809. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 479.

majorité absolue des suffrages ; les lois doivent être sanctionnées par le roi.

Le pouvoir de révision appartient à la chambre des représentants, au sénat et au roi. Dès que les chambres ont décidé qu'il y a lieu de réviser telle disposition nommément désignée, elles sont dissoutes de plein droit, et l'élection de chambres nouvelles a lieu dans les deux mois[70]) ; la révision est opérée d'un commun accord par les trois branches du pouvoir législatif. Cependant en ce qui concerne les deux chambres, 2/3 des membres doivent être présents dans chacune d'elles et 2/3 des présents doivent voter la modification. La sanction royale confirme l'accord. Les chambres ne peuvent opérer la révision que sur les points indiqués par la précédente législature.

C. — Certains auteurs[71]) estiment que ce renouvellement implique un changement dans la nature de l'organe législatif et qualifient la seconde législature d'organe constituant juridiquement distinct. Cette affirmation nous semble bien avancée.

La question se pose en termes quelque peu différents de ceux de la constitution française de 1875. Mais il s'agit toujours de savoir si nous sommes en présence d'une différenciation par organe, s'il y a un pouvoir constituant distinct et illimité, ou bien s'il n'y a là qu'une particularité de procédure, destinée à entourer la révision de quelques conditions restrictives.

A moins que l'acquisition du caractère constituant ne soit précisée dans la constitution — et il ne l'est pas —, il est faux

---

[70]) Dans certains de ces Etats la dissolution n'a pas lieu de plein droit, elle doit être prononcée par le chef de l'exécutif ; c'est le cas notamment pour les Pays-Bas et le Danemark. En Norvège et en Suède il n'y a pas lieu à renouvellement spécial, on attend la fin normale de la législation en cours. La Suède organise de plus un référendum consultatif, pour toutes les questions législatives ou constitutionnelles, qui au jugement du roi et des chambres, exigeront la recherche expresse de l'opinion publique.

[71]) ORBAN, Le droit constitutionnel de la Belgique, t. I, p. 410 et s. ; t. II, p. 705 et s.

de vouloir l'induire de façon logique. Quelle est l'effet juridique du renouvellement des chambres ? Il est inexact de prétendre que le vote populaire puisse modifier en quoi que ce soit la nature de l'organe législatif, il ne peut que réaliser, exécuter une prescription préétablie par la constitution, vivifier en quelque sorte un organe constituant préconstitué in abstracto.

La première législature a de par la constitution qualité pour représenter la volonté nationale. Le vote populaire ne peut rien ajouter de plus : il n'est que la condition d'ouverture du droit concédé par la constitution aux chambres d'édicter la volonté nationale sur la modification de la révision. La législature ordinaire possédait déjà en puissance la compétence constituante, la votation populaire est venue en déclancher l'activité. Les termes de l'art. 131 nous le prouvent : ce sont les deux chambres renouvelées de la législature ordinaire qui accomplissent la révision. Le vote populaire a pour mission de permettre aux organes constitués de prendre l'opinion du pays[72]), opinion dont les contours seront des plus

[72]) Un problème spécial peut être soulevé à propos du Danemark. Depuis une révision en date du 5 juin 1915, le peuple est admis à perticiper directement à la fonction constituante. Lorsque la seconde législature a adopté la même proposition de révision que la précédente, celle-ci doit être soumise au corps des électeurs de la chambre basse (art. 94 cf. Delpech et Laferrière, op. cit., t. I, p. 411) qui comprend tout le corps électoral, puisque les électeurs de la chambre haute n'y forment qu'un groupe plus restreint. La révision ne sera parfaite qu'autant qu'elle aura réuni la majorité des votants constituant au moins 45% des électeurs. Par là même, la nature du corps législatif se trouve modifiée, il devient un organe constituant spécial ; cependant il faut appliquer ici les mêmes conclusions que pour la Bulgarie. L'organe législatif ordinaire énonce la volonté nationale au même titre que lorsqu'il se trouve complété par le corps populaire. Il est tout naturel qu'en matière constitutionnelle et à une époque, où la souveraincté populaire s'affirme toujours plus dans les faits, que le vote populaire vienne corroborer celui de ses représentants. Si l'organe législatif ne peut seul mener à bout la révision, le peuple de son coté ne saurait faire passer sa volonté à son encontre ; car le roi qui est une partie intégrante de l'organe législatif, et qui a encore dans le droit public du Danemark une position très forte, peut en refusant la sanction faire tomber la révision. Pratiquement pareille opposition peut être dangereuse pour le chef de l'exécutif, mais elle est juridiquement possible.

imprécis. L'élection constitue un indice, elle a la valeur d'une information générale, à laquelle les nouveaux élus se conformeront, mais qui n'a pas force obligatoire pour eux ; le programme sur lequel ils se sont fait élire ne constitue pas un mandat impératif. Ils conservent leur libre droit d'appréciation.

De plus, lorsque les nouveaux élus auront terminé la révision, ils continueront à siéger pour assurer jusqu'à la fin de la législature la fonction législative ordinaire. Cette deuxième législature possédera à peu de choses près le même personnel que la législature précédente ; il subsiste une identité dans les personnes. Il faudrait pour qu'on puisse supposer le contraire, que le vœu de révision émis par la législature, ait été en complète opposition avec l'opinion publique. Ce qui achève d'enlever à la seconde législature le caractère d'une véritable constituante, c'est qu'elle reste liée par le vœu de l'initiative, et que son action se trouve frappée de nullité dans la mesure où elle excède les limites tracées par le vœu de révision.

§ 3me : La suprématie de l'organe législatif dans les pays à régime germanique

Nous classons sous cette rubrique toutes les constitutions des Etats qui confèrent le pouvoir de révision à l'organe législatif tel qu'il est établi pour la législation ordinaire. Nous n'étudierons cependant ici que la constitution de Weimar et la constitution fédérale suisse, les plus typiques d'entre toutes.

A. — La constitution de Weimar

C'est dans le système allemand, que la suprématie de l'organe législatif a été réalisée avec le plus de hardiesse, et que les conséquences du principe de la souveraineté populaire ont été le mieux appliquées.

Le pouvoir législatif et le pouvoir constituant sont exercés par le peuple lui-même qui est l'organe suprême de l'Etat. La souveraineté nationale n'est donc pas seulement nominale, elle est des plus effectives. Le peuple est le titulaire de la fonction législative, mais il est suppléé dans l'exercice journalier de sa tâche par un corps de représentants : le Reichstag, organe unitaire de l'empire comme lui. Le Reichstag sans doute agira le plus souvent, mais le peuple aura un recours efficace contre lui, parce qu'il pourra faire prévaloir sa volonté de sa propre force, et la consacrer s'il le faut à l'encontre de ses représentants.

A. — Toutes les prescriptions concernant notre matière se trouvent placées dans la cinquième section de la première partie de la constitution portant la rubrique : la législation d'empire, classant ainsi législation ordinaire et constitutionnelle sous un même vocable, marquant par là l'identité de nature que leur attribue le droit allemand[73]).

Outre les deux organes sus-nommés nous verrons concourir à la législation le gouvernement d'empire et le conseil d'empire. Ce dernier est le successeur de l'ancien conseil fédéral, il représente auprès des autorités centrales l'élément fédéral. Son rôle a été considérablement diminué ; il n'est plus comme auparavant le pouvoir suprême de l'Etat allemand ; cette qualité a passé au peuple en tant qu'organe unitaire de l'empire.

---

[73]) Des solutions identiques sont adoptées par les divers Etats de l'empire. Ils ne font point de distinction d'origine entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. L'organe législatif — soit Landtag et peuple, soit Landtag seul — détient les fonctions législatives et constituantes. Pour les lois constitutionnelles il doit réunir un quorum et une majorité plus forte. Le quorum est presque toujours des ⅔ des membres de l'assemblée, la majorité des ⅔ des votants. Seules la république de Bade et la Ville libre de Hambourg exigent un quorum des ¾ des membres. En ce qui concerne le référendum, là où il a lieu, on exige pour les lois constitutionnelles la participation d'une majorité plus forte d'électeurs. cf. Delp. et Lafer., t. I, p. 58 et s.

B. — Mais envisageons à présent la procédure usitée. Le droit d'initiative appartient concurremment au gouvernement, au conseil d'empire, au Reichstag et au peuple. Tous les projets de lois doivent être adoptés en un texte concordant par le Reichstag et le conseil d'empire, mais en cas d'opposition irréductible le Reichstag peut faire passer la loi, malgré l'opposition du conseil d'empire, en la votant à la majorité des $\frac{2}{3}$; sinon la loi reste en l'Etat. Le président d'empire peut dans ce cas faire appel au peuple qui décidera souverainement du sort de la loi. Il peut aussi déférer une loi au peuple, au cas où les deux organes sus-nommés sont d'accord. Il suffit qu'elle ne lui paraisse pas répondre à la volonté réelle du peuple. Le gouvernement joue le rôle d'arbitre ; ce rôle consiste uniquement à faire intervenir le peuple pour départager les organes en conflit les uns avec les autres.

Le peuple lui-même pourra intervenir dans le débat ; lorsqu'un tiers des membres du Reichstag a demandé l'ajournement de la promulgation d'une loi, un vingtième des électeurs, en en faisant la demande obtiendra que cette loi soit soumise au référendum. En tout état de cause un dixième des électeurs peut présenter un projet de loi ; si le Reichstag ne le vote pas dans les termes de sa présentation, il est soumis de plein droit au vote populaire[74]).

L'accord des divers organes participant à la législation ordinaire fait présumer que leur œuvre est aussi en conformité avec les aspirations et les intérêts du peuple.

Les décisions sont prises au Reichstag à la majorité simple des votants ; pour le corps électoral la majorité au moins des électeurs inscrits doit avoir participé au vote.

---

[74]) Cette votation populaire n'interviendra que très rarement, surtout pour des questions passionnant l'opinion publique, telles que la ratification du plan Young en 1929 ou quelques années avant, la loi sur les indemnités à allouer aux anciennes familles régnantes. L'on put d'ailleurs constater combien il était difficile de mettre en marche cette masse populaire pour lui faire remplir sa mission constitutionnelle.

C. — La même procédure est suivie pour les lois constitutionnelles. L'art. 76 dit : « la constitution peut être modifiée par la voie législative. » Seules deux différences sont à signaler, l'une d'elles concerne le droit d'opposition du conseil d'empire. Si le Reichstag a fait passer une loi constitutionnelle malgré l'opposition du conseil d'empire, ce dernier peut, dans un délai de 15 jours, demander que le référendum soit organisé ; cette faculté ne lui appartient pas en matière de législation ordinaire. On ne peut considérer ce facteur comme une condition restrictive ou élément modifiant le caractère de la loi constitutionnelle, elle est une mesure de sauvegarde pour les Etats, qui, grâce à ce droit d'appel, se trouvent munis d'un droit de véto suspensif à l'égard de toute révison qui tendrait à diminuer leur compétence au profit des organes centraux de l'empire. Mais le peuple, organe unitaire de l'empire, aura le dernier mot, comme il l'a en matière de législation ordinaire. Cette différence n'a pas un grand intérêt au regard de notre étude ; d'une part elle ne tient qu'au caractère fédéral de l'empire, d'autre part elle ne constitue point une aggravation de la procédure, elle n'aboutit en somme qu'à permettre à un organe supplémentaire de faire appel au peuple, qui déjà peut intervenir dans le débat de sa propre force.

Plus importante est la seconde différence : la constitution exige tant au Reichstag qu'au sein du peuple une majorité supérieure à celle requise pour les lois ordinaires. Les modifications constitutionnelles ne seront parfaites, que si $\frac{2}{3}$ du nombre légal des membres sont présents et que si $\frac{2}{3}$ des présents votent la modification. Soumises au référendum, l'assentiment de la majorité absolue des électeurs inscrits sera nécessaire.

D. — Reichstag et peuple, ou le premier seul, suivant que se déroulera la procédure, ont toute liberté pour modifier la constitution.

Une seule restriction s'oppose à leur entreprise : la majorité simple requise pour le vote des lois ordinaires sera

insuffisante ; la révision ne pourra se faire que si une majorité plus considérable s'accorde sur la nécessité et le sens de la modification à établir. Il ne nous appartient pas encore de scruter le sens propre de cette mesure, nous nous contentons de l'enregistrer provisoirement pour y revenir un peu plus tard[75]).

B. — La constitution fédérale suisse.

Nous ne pouvons nous empêcher de dire un mot de la procédure usitée en Suisse[76]). Longtemps le droit fédéral a été dominé par la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, le peuple ne concourant qu'à la législation constitutionnelle ; la législation ordinaire était réservée aux organes d'état. Une évolution est intervenue sur ce point, et le peuple a été admis à participer à la législation ordinaire depuis 1874. Ce changement est dû à l'influence grandissante du principe de la souveraineté nationale et de la pratique des Landsgemeinde dans les vieux cantons[77]).

A. — Voici la description succincte de cette procédure.

Les lois ordinaires sont votées par le conseil national et le conseil des Etats séparément, en présence de la majorité absolue du nombre total des membres les composant, et la majorité absolue des votants. En 1874 l'on ajouta un article suivant lequel la demande faite par 30.000 citoyens oblige l'assemblée fédérale à soumettre la loi votée par elle à la ratification ou au rejet du peuple.

---

[75]) Mention spéciale doit être faite dès maintenant de l'Autriche, qui devenue république fédérale en 1918, a adopté en principe une solution analogue à celle de l'Allemagne en ce qui concerne la distinction des lois ordinaires et constitutionnelles. cf. constitution fédérale du 1er oct. 1920. Delp. et Lafer., op. cit., t. I, p. 285.

[76]) Constitution fédérale du 29 mai 1874. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 577.

BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, p. 1 et 811 et s.

[77]) JAGMETTI, Der Einfluss der Lehre von der Volkssouveränität und vom Pouvoir constituant auf das schweizerische Verfassungsrecht. Zurich, thèse 1920.

B. — En matière constitutionnelle l'on distingue la révision partielle et totale ; celles-ci ont toujours lieu dans les formes statuées pour la législation fédérale en ce qui concerne le travail des assemblées : donc la majorité ordinaire reste suffisante. Le projet élaboré par l'assemblée fédérale est toujours soumis au vote populaire pour acceptation, qui se décide à la majorité des citoyens suisses prenant part au vote et à la majorité des Etats. Mais le peuple peut aussi prendre l'initiative ; 50 000 voix sont requises pour que la demande puisse être prise en considération. En cas de révision totale, lorsque les deux assemblées ne sont pas d'accord ou que les électeurs ont pris l'initiative, on consultera le peuple pour savoir si la révision doit avoir lieu ; s'il répond par oui, les conseils sont renouvelés pour travailler à la révision. Ce renouvellement n'a pas lieu lors d'une révsion partielle. Lorsque la demande présentée en termes généraux est approuvée par les deux conseils, ils élaborent le projet dans le sens indiqué ; s'ils n'approuvent pas la demande, ils soumettent la question au peuple et élaborent le projet suivant les indications reçues. Lorsque le peuple présente un projet tout fait, il est soumis directement à son acceptation, ou si les deux conseils ne sont pas d'accord, ils peuvent élaborer un contre-projet qu'ils présenteront au peuple.

C. — Certains auteurs suisses[78]) estiment qu'à l'heure actuelle la doctrine du pouvoir constituant est encore appliquée, parce que le peuple ne possède pas le droit d'initiative en matière de législation ordinaire. Seule lorsque cette mesure aura été établie, le principe de la souveraineté populaire sera pleinement victorieux. Il faudrait donc qu'il y ait absolue similitude entre les deux procédures. Il nous semble cependant que la possession du pouvoir d'initiative n'est pas précisément né-

---

[78]) Pour M. Fritz Fleiner il n'y a pas ratification par le peuple ; celui-ci ne peut que casser la loi, mais l'adoption dépend de l'assemblée fédérale. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, p. 392 et s. Pour M. Jagmetti cette différenciation implique encore le maintien de la doctrine du pouvoir constituant, op. cit., p. 196.

cessaire pour consommer la fin de cette évolution. Dès maintenant déjà le peuple suisse a le pouvoir de briser ou de ratifier le vote de l'assemblée fédérale en demandant que la loi soit soumise à son référendum législatif. Il n'est ni possible ni utile que le peuple exerce effectivement la législation ordinaire à l'instar de la législation constitutionnelle, il suffit qu'il soit le maître incontesté des deux, qu'il ait la possibilité d'intervenir pour faire prévaloir sa volonté à l'encontre des organes représentatifs. Lorsqu'il ne le fait pas, c'est qu'il ratifie implicitement l'œuvre de sa législature.

La terminologie usitée en Suisse prouve à son tour que le droit suisse ne fait pas de distinction d'ordre fondamental entre les deux lois. La loi ordinaire est qualifiée de loi fédérale simple par rapport à la loi constitutionnelle qui est la loi fédérale tout court.

* * *

Quant aux autres Etats[79 et 80]), leur solution de principe est identique à celles des deux constitutions précitées ; nous

---

[79]) Les républiques baltes se sont beaucoup inspirées de la constitution allemande. Sauf la Finlande qui en est restée au régime représentatif, les autres Etats, l'Estonie, la Lithuanie, et la Lettonie ont érigé le peuple en organe direct et suprême de la législation. La petite principauté du Liechtenstein fait de même.

Constitution finlandaise du 17 juillet 1919. Delp. et Lafer., op. cit., t. I, p. 491 et s.

Constitution estonienne du 15 juin 1920. Delp. et Lafer., op. cit., t. I, p. 479 et s.

Constitution lithuanienne du 15 mai 1928. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 143 et s.

Constitution lettonne du 15 février 1922. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 111 et s.

Constitution du Liechtenstein du 5 oct. 1921. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 125 et s.

[80]) Quant à l'Irlande, la Tchécoslovaquie, et au Portugal, ils pratiquent le régime des deux chambres et le système représentatif. Ils votent les lois constitutionnelles et les lois ordinaires en séances séparées, n'étant astreints pour les premières qu'à une majorité plus forte. Il existe en Tchécoslovaquie une timide amorce en faveur du référendum, mais il n'est possible qu'en matière de législation ordinaire et, là encore, il reste réservé à la seule appréciation du gouvernement.

En Irlande toutefois, le peuple participe obligatoirement à la révision constitutionnelle ; il peut être appelé à se prononcer en ma-

arrêtons donc ici notre démonstration ayant fourni la justification voulue de ce que nous avancions au début de ce chapitre.

Section troisième :

L'affaiblissement de la notion du pouvoir constituant

S'il est exact de dire que la notion de l'Etat moderne a été élaborée et mise au point dans le creuset de la fournaise révolutionnaire de 1789, cet acte de fondation primordial qui a été suivi de nombreux autres dans tous les Etats de l'Europe, au fur et à mesure qu'y pénétraient les idées nouvelles, est devenue non point en entier, mais en grande partie sans objet.

A. — Les grandes idées politiques que les révolutionnaires s'étaient assignées comme mission d'établir, sont à présent fortement ancrées dans les esprits. Le stade de l'Etat patrimonial est définitivement terminé dans les grands Etats européens, la guerre de 1914—1918 lui a donné le dernier coup de grâce. Il n'existe plus de monarchies au vrai sens du mot, où le monarque détienne une souveraineté effective et des droits qu'il puisse opposer et maintenir à l'encontre du principe de la souveraineté nationale. Les monarques ne peuvent plus prétendre gérer les affaires de l'Etat comme un propriétaire administre son domaine. Le but poursuivi par eux était bien aussi l'intérêt de la nation ; mais ce bien commun se confondait étroitement avec leurs intérêts

---

tière législative ordinaire, sur la demande du Sénat, à l'exclusion toutefois de certaines matières. Le même raisonnement que celui indiqué plus haut pour le Danemark et la Bulgarie justifient la classification que nous faisons de ce pays.

Constitution irlandaise du 25 oct. 1922. Delp. et Lafer., op. cit., t. I, p. 600 et s.

Constitution tchécoslovaque du 29 février 1920. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 819 et s.

Constitution portugaise du 21 août 1911. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 325 et s.

dynastiques, qui étaient liés à la bonne fortune de l'Etat. Le peuple, pour lequel cette gestion était mené, n'avait peu ou rien à dire.

Aujourd'hui le monarque est devenu un magistrat héréditaire et la monarchie n'est plus la forme caractéristique de l'Etat; elle n'est que l'aspect particulier de l'un des pouvoirs de l'Etat, du pouvoir exécutif. L'Etat moderne ne saurait être conçu autrement que comme une organisation politique créée et gérée par le corps populaire lui-même ou ses représentants qualifiés, en vue de la réalisation de son intérêt commun. A la formule : tout pour le peuple, rien par le peuple, qui était la devise de l'Etat de police du siècle éclairé, succède la formule : tout pour et par le peuple.

B. — Le principe de la souveraineté nationale a déterminé la consécration du principe de la légalité ; ce principe fut au début dirigé contre le pouvoir arbitraire du monarque ; aujourd'hui il est devenu la sauvegarde des citoyens contre l'arbitraire des autorités exécutives en général. Toute mesure prise contre un particulier doit s'appuyer sur une loi; car la loi étant l'œuvre du peuple ou de ses représentants dûment élus, jouit d'une présomption de conformité avec le bien commun. Il en résulte donc que tout Etat moderne cherche les voies et moyens susceptibles de permettre à la volonté nationale de s'exprimer de la façon la plus claire et la plus exacte, et d'agir de la manière la plus utile pour elle. Mais de plus, en vue de limiter les chances d'arbitraire on appliquera le principe de la séparation des pouvoirs, on distribuera les diverses fonctions de l'Etat entre des titulaires divers, et l'on fera collaborer plusieurs organes à une même fonction.

C. — L'Etat moderne, ainsi constitué, est un fait acquis. Son identité subsiste à travers les évolutions récentes. Celles-ci peuvent se résumer sous deux chefs.

La première évolution consiste dans l'établissement et la propagation de la notion de l'Etat de droit. C'est là une quatrième idée qui vient s'ajouter aux trois autres pour parachever l'édifice. Elle se greffe plus particulièrement sur l'idée de la légalité, qu'elle prolonge et affine en quelque sorte en l'épurant par l'idée de la justice. Non seulement nous ne devons être régis que par et en vertu des lois ; mais encore tous les conflits d'intérêts et autres surgissant soit entre plusieurs particuliers ou entre les particuliers et l'Etat, ou entre les autorités de l'Etat, toutes les contradictions et incohérences de la volonté législative, doivent pouvoir trouver leur solution équitable par des moyens de droit et poussant les conséquences jusqu'au bout par un jugement en bonne et due forme. Cette idée n'est pas sans influencer la distinction faite entre les lois ordinaires et les lois constitutionnelles ; elle amène en effet peu à peu le législateur à remettre au juge le soin de s'assurer du respect sincère de la distinction par les autorités législatives elles-mêmes. Nous reverrons cette question lorsqu'il s'agira de fonder la valeur pratique de la notion moderne de cette distinction. Il nous suffit présentement d'avoir établi, que le concept de l'Etat échafaudé par la révolution est encore de mise aujourd'hui.

La seconde évolution a été une réaction contre le régime parlementaire[81]). Il ne semble plus réaliser aujourd'hui ce qu'on était en droit d'attendre de lui. Construit sur le principe du suffrage universel, il établit la représentation des électeurs considérés chacun uniquement dans la qualité qui leur est commune, la qualité de citoyen d'un état donné. La réunion de leurs voix sur un même candidat se fait en conséquence

---

[81]) cf. BARTHELEMY Joseph, La crise de la démocratie représentative, dans Revue du droit public et des sciences politiques, t. XXXV, 1928, p. 584.

cf. LAWRENCE Lowel, La crise des gouvernements représentatifs et parlementaires dans les démocraties modernes, dans Revue du droit public et des sciences politiques, t. XXXV, 1928, p. 571.

presqu'exclusivement suivant des affinités politiques et les conceptions philosophiques. Les représentants du peuple ne peuvent se défaire de cet esprit, et il s'en suit que le gouvernement se trouve dominé par les idées et les partis politiques, qui se disputent le pouvoir, aux fins de mettre leurs systèmes en pratique. Ajoutons à cela les faussements qui se sont introduits dans le régime électoral, et les abus d'influence présentés par le régime parlementaire ; nous comprendrons alors aisément, que l'on cherche partout à corriger la situation, en modifiant notamment la procédure par laquelle la nation devra faire apparaître sa volonté, sans qu'elle puisse être déformée. Ces voies et moyens sont des plus divers. Le fascisme qui semble à première vue être en contradiction flagrante avec nos conceptions politiques françaises, nous paraît être la solution la plus hardie et celle qui présente le plus d'avenir. Le régime de la démocratie directe, qui est un correctif du parlementarisme, ne sera toujours que d'une application des plus restreintes. Mais l'idée italienne tendant à regrouper la représentation nationale pour en éliminer la prédominance des préoccupations purement politiques et à les remplacer par la représentation des intérêts économiques, est à notre avis des plus indiquées. Aux lieux et places du citoyen électeur vient se ranger l'homme de la profession représenté par son syndicat. Il est de fait que les groupements professionnels prennent de plus en plus une place prépondérante dans la vie publique des Etats et M. Léon Duguit considère les groupements syndicaux comme l'armature de l'Etat futur[82]). La nation se trouve toujours représentée : hier l'on se groupait autour des idées politiques, demain les intérêts économiques, représentés par les syndicats, prévaudront.

---

[82]) cf. DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. II, p. 104, loi du 17 mai 1928 sur la réforme de la représentation politique en Italie.
cf. également : DUGUIT Léon, Traité de Droit constitutionnel, 3e édition, t. I, p. 663 et s. sur les formes nouvelles de l'Etat.

D. — Nous pouvons affirmer, en en exceptant toutefois la constitution soviétique, qui s'inspire de tout un autre monde d'idées[83]), que si les bouleversements constitutionnels ont pu modifier la forme des gouvernements, la structure foncière de l'Etat a toujours subsisté dans son grand ensemble[84]). Elle est devenue une partie intégrante de notre droit public moderne ; elle ne se discute guère.

Les grandes constructions doctrinales et abstraites ne sont plus recherchées, on travaille sur un fond d'idées acquises que l'on s'efforce d'adapter aux besoins nouveaux. La révolution allemande nous en a fourni un exemple éclatant. L'on y a surtout évité de couper tous les ponts avec le passé. L'administration et l'armée impériale ont servi de première armature à la nouvelle constitution ; on les y a incorporées et consolidées soigneusement. Les législateurs de Weimar ont fait des efforts considérables pour récupérer au profit de l'Allemagne d'après-guerre tous les éléments viables des systèmes précédents et voisins : régime présidentiel, régime représentatif et parlementaire, régime démocratique, voire même socialisme d'Etat. Chacun d'eux a fourni son apport à l'œuvre nouvelle qui se trouve érigée sur un fond traditionnel et expérimenté.

E. — A la fonction de créer, de sortir du néant que le pouvoir constituant a manifesté au lendemain des révolutions, s'est substitué une notion plus modeste de mise à jour des

---

[83]) Selon les textes mêmes de la constitution de la République socialiste, fédérative, soviétique, russe, celle-ci « se propose de garantir la dictature du prolétariat dans le but d'écraser la bourgeoisie, de supprimer l'exploitation de l'homme par l'homme et de réaliser le communisme, sous le régime duquel il n'y aura ni division en classes, ni autorité d'Etat. » art. 1er, Loi fondamentale du 10 juillet 1918 (revisée 18 mai 1929). Delpech et Laf., op. cit., t. II, p. 404. Cette définition n'a rien de commun avec le but idéal des Etats « bourgeois » se proposant de réaliser le bien commun de la nation, en veillant à l'équilibre harmonieux et à la bonne entente entre les diverses classes concourant chacune pour leur part à la prospérité de l'ensemble.

[84]) Ce fait vient de se vérifier encore pour la révolution d'Espagne.

institutions publiques, une notion de révision, de consolidation ; œuvre qui peut parfaitement être accomplie par les assemblées législatives, parce qu'elle est une fonction étatique, et que celles-ci, en leur qualité d'organes normaux et suprêmes de l'Etat, sont à même d'apprécier les conditions juridiques nouvelles nécessaires pour favoriser son développement. Cette notion est très voisine de celle qui caractérise le droit anglais et le droit hongrois, où le parlement développe sa constitution suivant les besoins. Le droit allemand utilise le terme de « ausbauen ». Mais elle en diffère toujours par le fait qu'elle introduit entre les deux lois une différenciation procédurale, calculée de sorte, que la révision ne puisse être faite avec précipitation, mais aussi que sa réalisation ne soit pas trop ardue.

Le régne de constitutions successives est remplacé par une constitution susceptible d'évoluer indéfiniment pour s'adapter sans se rompre. On n'opère plus de refontes totales, on préfère des révisions partielles. La Suisse et l'Autriche connaissent une procédure différenciée suivant qu'il s'agit d'une révision totale ou partielle ; cette dernière suit des voies beaucoup moins compliquées. Des étapes de réadaptation sont prévues par la constitution polonaise et celle du Portugal. Elles sont de 25 ans pour la première et de 10 pour la seconde. On s'y réunira aux intervalles susindiqués pour vérifier, selon le mot des hommes de la révolution, les « faussements de la constitution » et les redresser. Mais si une réadaptation s'imposait plus urgente, les corps législatifs des deux pays sont habilités à l'entreprendre sous la seule condition restrictive d'une majorité qualifiée. La nouvelle constitution irlandaise du 25 octobre 1922 prévoit que pendant une période de 8 années[85]), la constitution pourra être modifiée en suivant la procédure législative ordinaire. Ce délai une fois écoulé la procédure sera compliquée d'une votation populaire obligatoire avec majorité qualifiée. Ces facili-

---

[85]) art. 50 de la constitution. Delpech et Laferrière, op. cit., t. I, p. 613.

tés accordées pendant les premières années n'ont pas d'autre but que celui de rendre la mise au point de l'acte constitutionnel plus accessible, aux fins d'en écarter immédiatement les fautes et les erreurs, qui se révêleront après sa mise en pratique. La constitution sera provisoirement flexible, elle ne deviendra rigide qu'au bout de ce délai d'expérience.

F. — La limitation des pouvoirs de révision de la seconde législature par le vœu de la législature précédente ne peut être envisagée comme étant uniquement une entrave. Elle a été décrétée en vue de la stabilité de l'œuvre révisionnelle ; mais il semble bien qu'aujourd'hui cette question des pouvoirs illimités ne se pose plus ; ils sont inutiles. La seconde législature n'aura en effet qu'à consacrer les vœux de révision adoptés par la première législature, qui a prévu toutes les questions litigieuses et a déjà réalisé un accord provisoire. On a pu voir souvent que les assemblées de révision repoussaient nombre de points marqués sur le programme de leurs travaux pour le motif, qu'ils n'étaient pas encore suffisamment mûrs, fait qui résultait très certainement en partie des données de la consultation électorale. Ainsi les chambres belges laissèrent après la guerre tomber en cours de route le projet de référendum — qu'on avait déjà abandonné en 1892, malgré qu'il fût patronné par le roi — et l'institution d'un Conseil d'Etat comme cour de contentieux administratif.

G. — L'on cherche moins à innover, ou si on le fait, ce n'est qu'avec une extrême prudence ; mais on préfère codifier en un texte écrit des pratiques qui se sont formées par la nécessité des temps, en dehors et à côté des textes constitutionnels. La constitution doit être une œuvre d'induction, elle doit être le fruit de l'expérience ; les meilleures institutions se sont formées par cette voie. Elles passent du domaine de la coutume dans celui du droit écrit.

L'on consacre une nouvelle conquête du pouvoir populaire en élargissant les bases du corps électoral. Tel était le

but des révisions belges de 1892 et 1919 qui aboutirent à l'établissement du suffrage universel.

Les deux premières révisions des lois constitutionnelles françaises, manifestent une tendance analogue. En 1879 on ramène le siège des pouvoirs de Versailles à Paris. En 1884, on stabilise la forme républicaine du gouvernement et on remet entre les mains du législateur ordinaire les règles de la composition du sénat. Du point de vue des faits, cette opération mettait la constitution sans heurts et sans conflits en harmonie avec les faits et les aspirations politiques nouvelles.

Des exemples encore plus frappants nous sont fournis par les états nouveaux de l'après-guerre. La Tchécoslovaquie consacre et réglemente la pratique des décrets-lois, ou règlements de nécessité, dont la rédaction et le vote sont confiés à une commission parlementaire. D'autres Etats en laissent le soin au gouvernement, mais prévoient un délai, au bout duquel ils doivent être obligatoirement soumis au parlement aux fins de ratification. De nombreuses constitutions, notamment celles qui ont adopté le principe des deux chambres, ont par les mêmes textes établi et augmenté d'ailleurs l'infériorité de la seconde chambre, qui est de tradition dans les républiques déjà plus anciennes. Ainsi ont fait le Danemark, la Grèce, la Pologne, et la Tchécoslovaquie.

Quelques-unes d'entre elles règlent avec de nombreux détails, une procédure destinée à mettre fin aux conflits qui peuvent s'élever entre les deux chambres sur un projet de loi, et prévoient pour ce faire, soit des réunions en commun des deux assemblées, ou bien la réalisation de l'entente par une commission composée de membres choisis dans chacune d'elles.

Nous terminons ici la série de nos exemples, ayant momentanément atteint le but intermédiaire de notre démonstration. Le pouvoir constituant n'est plus le pouvoir créateur, il est un pouvoir qui aménage et qui améliore.

CHAPITRE TROISIEME

Les modalités et procédures du nouveau système

« ... Il convient, il est utile, nécessaire même de n'accorder au pouvoir législatif le pouvoir de révision qu'en lui adjoignant des éléments nouveaux ou tout au moins en l'assujettissant à des conditions et à des formes spéciales. »

Orban, Le droit constitutionnel de la Belgique, éd. 1908, tome II, p. 720.

Section première :

Le but de la procédure divergente

Nous acceptons aujourd'hui comme un fait acquis, que l'organe législatif exerce les deux fonctions législatives et constituantes. On pourrait admettre à la rigueur, que la procédure jugée bonne pour les lois ordinaires, le sera également pour les lois constitutionnelles. Mais s'il était des plus légitimes de remettre la rédaction des deux lois à l'organe législatif, seul organe qualifié de la volonté nationale, il n'en reste pas moins vrai qu'une procédure divergente pour les deux est souhaitable, et que la modification de la loi constitutionnelle doit être rendue plus difficile. Car nous ne voyons plus dans le corps législatif, sorti des élections populaires, une sauvegarde suffisante pour les intérêts des particuliers.

A. — Au lendemain de la révolution, la situation était bien différente. L'on avait conquis de haute lutte le droit pour la nation de concourir avec le roi à la rédaction et à la sanction de la loi. Plus aucune mesure ne devait pouvoir porter effet contre les simples particuliers, si elle n'avait pas été édictée par une loi. La collaboration forcée du roi avec la représentation nationale apparaissait comme le paladium des libertés publiques. Le pouvoir du monarque, chef de l'exécutif, avait trouvé son contrepoids.

B. — Mais aujourd'hui cette représentation nationale est seule maîtresse du pouvoir suprême[86]). L'exécutif ne peut en fait lui opposer aucune barrière sérieuse. Les gouvernements de la plupart des Etats de l'Europe tendent à ne devenir qu'un simple comité exécutif de l'organe législatif. La Suisse et l'Estonie ont adopté expressément ce système que l'on qualifie de régime conventionnel. Dans d'autres Etats elle est le résultat implicite des pratiques parlementaires. Le gouvernement étant lié à la majorité qui le soutient ne saurait entreprendre une politique personnelle divergente sans se voir désavoué et renversé. La plupart des constitutions d'après-guerre ont stipulé que s'il peut refuser de sanctionner ou de promulguer une loi votée par l'organe législatif, son refus doit tomber devant la ferme volonté du parlement, qui adopte son projet une seconde fois à une majorité supérieure. Plusieurs Etats même rendent la sanction gouvernementale inutile dans ce cas.

Le droit de dissolution, accordé au gouvernement, ne saurait pas davantage lui donner une force de contrepoids suffisante, car son efficacité est subordonnée au parti pris par le corps électoral. Si ce dernier confirme l'attitude de ses

---

[86]) cf. La préface de M. Chavegrin à la 5e édition de Delpech et Laferrière, op. cit., t. I, où il passe en revue les importantes modifications qu'a subies le droit public moderne dans ces dernières vingt années.

représentants en les renvoyant siéger, le gouvernement doit accepter la loi précédemment repoussée. Même en Allemagne où le président de l'empire est muni de pouvoirs considérables, sa force de résistance s'épuise à déférer le projet de loi du corps des représentants à une votation populaire qui décide souverainement.

C. — L'organe législatif est l'organe suprême dans l'Etat. Il est dangereux de se fier ainsi à un pouvoir aussi redoutable. Les particuliers risquent de ne plus trouver une garantie suffisante contre la toute puissance de l'organe législatif, puisqu'il lui sera loisible de consacrer par un texte constitutionnel, ce qu'il n'aura pu établir par une loi ordinaire. La notion même d'un pouvoir sans bornes nous est difficilement supportable, et nous y voyons facilement l'acheminement vers l'arbitraire. Nos organes législatifs n'ont pas pu éviter ce reproche. Leurs lois sont loins d'avoir toujours satisfait aux conditions élémentaires de la justice et celles peut-être plus nuancées de l'opportunité. Quand la révolution avait proclamé que les représentants une fois élus ne sauraient être les mandataires de leurs électeurs particuliers, mais qu'ils étaient un chacun député de la nation entière, entendant dire par là qu'ils ne devaient s'inspirer dans leurs votes et dans leurs actes que du seul intérêt général, la révolution sacrifiait à une généreuse illusion. Les intérêts particuliers des électeurs ont une grande emprise sur leur député, et il lui est difficile de les négliger. Quoique nos élus soient censés représenter la volonté générale, dont Rousseau prétendait qu'elle réalisait de par elle-même l'intérêt général, nous sommes obligés de convenir aujourd'hui, et la tendance va en croissant, que cette volonté générale, même lorsqu'elle tend sincèrement vers le bien commun, ne l'atteint qu'avec beaucoup de peine. Les méthodes de recrutement de nos parlements ne leur permettent pas de profiter d'un personnel qualifié pour les nombreuses questions qu'a fait surgir l'après-guerre et les missions de plus en plus variées,

dont il est obligé de se charger. Trop souvent leur enceinte n'est que l'écho des conflits d'intérêts qui opposent dans le pays les différentes catégories de citoyens, aucune pensée unifiante n'arrive à se dégager des débats, et l'on n'aboutit en somme qu'à des solutions d'espèce hâtivement élaborées.

Autrefois les partis peu nombreux formaient des blocs compacts et assuraient une direction assez suivie des affaires. Mais les partis s'émiettent et se fractionnent à l'infini ; le système de la représentation proportionnelle, qui, dans une pensée des plus équitables, veut permettre aux plus petites minorités électorales de faire entendre leur voix, a amené là, où elle s'est introduite, une poussière infinie de partis. Comment constituer avec un pareil échiquier une majorité gouvernementale stable qui puisse réaliser un programme commun ? Ce sont des majorités qui vivent sur des compromis, qui s'effritent à la moindre difficulté et que des gouvernements, habiles tacticiens, peuvent manœuvrer à leur guise grâce au procédé des majorités de rechange, mais que bien souvent ils ont de la peine à maintenir ensemble.

Cet ensemble de faits rend très désirable que le pouvoir suprême soit lui-même soumis à certaines restrictions.

Cette restriction ne peut toucher que sa compétence en matière constitutionnelle. M. Barthélémy[87]) écrit dans un article consacré à la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires à l'époque des chartes les lignes suivantes : « La distinction des lois constitutionnelles et ordinaires tend à mettre certaines règles essentielles, certains principes fondamentaux à l'abri des atteintes du législateur, en lui opposant soit son incompétence, soit l'observation de formes et de délais spéciaux. Le fossé qui sépare les deux catégories est d'autant

---

[87]) BARTHELEMY Joseph, Distinction des lois ordinaires et constitutionnelles sous la monarchie de juillet, dans Revue du droit public et de la science politique, t. XVI, 1909, p. 5.

plus large et profond, que les représentants de tous les jours semblent mériter moins de confiance. » L'incompétence ne leur est cependant opposée que très rarement. En effet il n'apparait pas d'après tout ce que nous venons de dire que l'instauration d'une assemblée spéciale ait été en fait et puisse à bon droit être considérée comme un élément de stabilité. Il nous semble préférable de chercher ces éléments restrictifs et stabilisateurs dans un agencement particulier du fonctionnement du pouvoir législatif, puisé dans les moyens variés, que la technique juridique met à notre disposition. Le législateur ordinaire révisera la constitution, mais il ne pourra le faire avec la même facilité que pour les lois ordinaires. Ces restrictions sont, comme l'affirme très exactement M. Orban[88]), la condition nécessaire de la stabilité et de la durée, en ce sens qu'elles garantissent, que la révision aura été préparée de longue main et faite seulement après avoir été sollicitée par un mouvement d'opinion sérieux et profond.

La garantie désirée en faveur des lois constitutionnelles, l'autorité supérieure qu'elles doivent avoir même à l'égard du législateur ordinaire a produit ses effets dans deux sens bien définis. Elle a amené les Etats à introduire des différences de procédure dans l'élaboration des lois constitutionnelles. Nous en avons déjà pris connaissance en étudiant la suprématie de l'organe législatif, nous allons en discuter à présent la valeur du point de vue particulier qui nous intéresse. Les préoccupations nouvelles ont aussi influencé le contenu des lois constitutionnelles. Leur structure porte la marque évidente de l'affaiblissement de leur rôle créateur et de la notion de garantie qu'elles incorporent à l'heure actuelle.

Ces deux questions feront l'objet des deux sections subséquentes.

---

[88]) ORBAN, op. cit., t. II, p. 720 et s.

Section deuxième :

La différenciation procédurale

Nous nous proposons d'examiner sous ce titre un certain nombre de particularités de procédure usitées en Europe. Nous ne choisissons que celles qui sont les plus caractéristiques et aussi les plus répandues. Notre but est d'en faire ressortir la valeur restrictive, et de dégager celle d'entre les modalités, qui jouit du crédit le plus grand parmi les Etats contemporains, et qui effectivement réalise une différenciation entre les lois constitutionnelles et ordinaires, susceptible de constituer une barrière efficace contre les entreprises téméraires de l'organe législatif.

§ 1er : L'immutabilité de la constitution

L'immutabilité de la constitution a été rejetée à bon droit ; on ne saurait poser une œuvre constitutionnelle aussi parfaite qu'elle puisse défier le temps et satisfaire aux besoins d'un peuple pendant toute son histoire. « Les lois fondamentales sont soumises comme toutes les autres, qu'on veuille l'avouer ou non, avec une fatalité inéluctable au perpétuel devenir de l'histoire. »[89])

Mais quelques Etats ont édicté en faveur de certaines dispositions constitutionnelles la défense de les réformer. En France, la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. En Norvège une révision totale, c'est-à-dire modifiant du tout au tout les principes et le caractère spécifique de l'Etat tels qu'ils sont consignés dans les textes constitutionnels, reste interdite. La défense porte parfois sur certaines époques, il est d'usage dans les monarchies d'exclure

---

[89]) JELLINEK Georg, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung.

la révision pendant la minorité du roi ou du moins d'interdire pendant cette période la modification des règles de la succession au trône[90]).

Le motif, inspirant les deux premiers cas, est d'assurer la pérennité aux principes fondamentaux qu'on pense avoir établis et définis une fois pour toutes. Dans le second cas, il ne s'agit plus de s'opposer à une réfonte totale, mais d'empêcher qu'elle ait lieu à une époque où les pouvoirs de l'Etat, par suite de la minorité du roi, sont en état de moindre résistance. La révision ne doit pas être le prétexte à un bouleversement des cadres constitutionnels, et servir les intérêts de quelques aventuriers désirant se substituer au chef légitime de l'exécutif, qui ne peut encore se défendre lui-même.

La valeur de cette interdiction est pour ainsi dire nulle. C'est une règle sans sanction. Il n'y a pas de moyen juridique qui puisse arrêter l'organe législatif le jour, où il voudra la modifier. Tous les pouvoirs ne puisent leur force de résistance que dans les textes de la constitution, ils ne pourront plus s'opposer légalement à une réforme, lorsqu'elle aura été perpétrée, parce que la nouvelle loi constitutionnelle une fois établie leur enlèvera la justification, qui pouvait servir de base à leur protestation. Ce sera pour l'organe législatif une question de force.

Pour cette raison la grande majorité des Etats autorise la révision complète, tout au plus prévoient-ils des formes plus ou moins compliquées suivant que l'on a l'intention de procéder à une refonte totale ou partielle. Encore la discrimination entre les deux cas est-elle très difficile. Une refonte de quelques articles peut entrainer une modification radicale, alors que la révision portant sur l'ensemble des textes pourra n'amener que des changements de détail, laissant intact le caractère particulier que possédait la constitution.

---

[90]) Constitution belge, art. 84, bulgare, art. 142, roumaine, art. 85. Art. 198 de la constitution des Pays-Bas, mais abrogé par la loi du 30 novembre 1922.

§ 2me : La révision par un organe distinct

A. — Le cas spécial de la Bulgarie

Il y a lieu d'examiner séparément le cas de la Bulgarie qui remet la révision à un organe spécial. Par suite de cette méthode l'assemblée chargée de la législation ordinaire est incompétente et impuissante à opérer une révision de sa propre force. C'est un autre organe, dont la physionomie est toute différente, dont les membres seront plus nombreux, et dont la compétence sera à peu de choses près illimitée qui la fera. Le peuple sera donc chaque fois appelé à dire son mot après que l'assemblée ordinaire aura émis le vœu de révision. Est-il prudent de provoquer des élections à un moment pareil ? Cela est certes une mesure très démocratique, et conforme au principe de la souveraineté nationale, mais ne semble pas fait pour maintenir une atmosphère de calme, nécessaire en cet instant. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question, lorsque nous étudierons la valeur du procédé du renouvellement.

Que faut-il penser du doublement du personnel parlementaire ? La révolution française avait aussi prescrit l'élection d'un nombre complémentaire de membres, mais depuis cette mesure a été abandonnée. Certains auteurs estiment qu'en ces occasions le peuple envoie davantage de fortes personnalités siéger sur les bancs de l'assemblée. Ce concours d'hommes éminents donnera lieu à des délibérations éclairées, profondes et circonstanciées, toutes choses garantissant une solution conforme aux intérêts du pays et susceptible donc de durer. L'expérience cependant prouve que les bulletins de vote sont un moyen de sélection des plus douteux et que la qualité des délibérations est plutôt en raison inverse du nombre des délibérants.

La procédure de l'organe spécial établit une démarcation très nette entre ce qui est constitutionnel et ce qui est du

domaine de la loi ordinaire. Celle-ci ne pourra abroger la loi constitutionnelle, car il manque à l'organe législatif ordinaire l'habilitation voulue.

Mais cet organe distinct est-il plus à l'abri des erreurs qu'une assemblée ordinaire ? Si nous supposons que les membres de l'assemblée précédente s'y retrouvent au grand complet, il n'en reste pas moins vrai, que l'autre moitié se compose à peu près d'hommes entièrement nouveaux, qui pourront facilement se laisser induire en erreur par quelques collègues plus anciens, ou qui se lanceront par suite de leur inexpérience dans des aventures sans issue.

B. — La distinction nominale entre organe législatif et constituant

En France les deux lois tirent leur origine de deux organes qui ne sont distincts que d'une façon nominale. Les développements, que nous avons dû faire pour démontrer la mainmise du parlement sur la constitution, nous permettent de conclure que la révision y est des plus faciles, puisque somme toute, il suffit que la majorité dans chacune des deux chambres soit d'accord, pour que réunies en assemblée unique, elles puissent parfaire leur œuvre. La majorité relativement peu forte exigée, fait que la révision est malgré la spécialité de l'organe, bien plus facile que dans le système allemand où le Reichstag vote lui-même la révision, mais est soumis à une condition de majorité plus élevée. La pratique française nous confirme ce fait ; les trois révisions qui ont eu lieu depuis 1875 se sont opérées en un tour de main, pour ainsi dire, à peine précédées de quelques campagnes dans le pays, et sans que celui-ci ait eu à se prononcer sur la question.

Nous pouvons néanmoins relever à l'actif de cette formule, ce que nous disions déjà de la constitution bulgare : elle entoure la révision de la solennité nécessaire qui frappe les esprits et qui donne aux textes constitutionnels une certaine auréole de supériorité, supériorité morale, mais non

point effective. On a toutes les apparences d'une assemblée constituante, mais on n'en a pas la force toute puissante avec tous ses aléas. L'on sait quand l'on a à faire à une loi constitutionnelle ou à une loi ordinaire. Le préambule de chacune d'elles nous renseignera là-dessus. Il suffira de lire que l'une a été faite par l'assemblée nationale, et l'autre par le sénat et la chambre des députés. C'est pour cette raison qu'un auteur allemand, M. Siegfried Spier[91]) préconise aussi l'introduction de cette procédure dans la constitution allemande. Mais il faut avouer par ailleurs qu'elle ne garantit pas par elle-même une stabilité plus grande, puisqu'un déplacement de quelques voix transformera la majorité d'hier en une minorité. Si malgré cela notre constitution de 1875 a déjà atteint une durée de 50 années, elle ne le doit pas aux garanties juridiques qui lui font défaut, mais à la sagesse relative de nos hommes politiques.

§ 3me : Le renouvellement de la législature

La procédure du renouvellement fut inaugurée par la constitution de 1791, elle avait pour but de retarder toute révision et, en lassant ainsi la patience de ses partisans, de ne laisser aboutir que ceux des projets qui se basaient sur une nécessité certaine et dûment vérifiée ; ceux-ci l'étaient quant au temps, grâce au délai imparti, qui dans la procédure révolutionnaire atteignait plus de 6 années, en ne comptant pas les deux premières législatures, pendant lesquelles toute initiative de révision restait interdite. Ils l'étaient quant à leur conformité avec le vœu populaire qui par trois fois, en renouvelant la législature, avait l'occasion d'approuver ou d'infirmer le projet de ses représentants, en confirmant leur mandat pour une nouvelle durée de deux années, ou en les remplaçant par d'autres. Ce sont là deux éléments de stabilité incontestable,

---

[91]) SPIER Siegfried, Das Problem der Verfassungsänderung, ch. II, § 4.

qui se trouvent renforcés du fait que la législature habilitée à opérer la révision sera limitée par le vœu des législatures précédentes. Attente, conformité avec la volonté nationale, certitude, voici les trois facteurs qui concourent à l'utilité de cette mesure.

Le délai était cependant trop long. Les législations actuelles l'ont considérablement raccourci. A l'exception de la Norvège et de la Suède qui attendent le renouvellement normal de la législature, ce qui implique toujours un délai qui peut varier de une à quatre années, selon que le vœu est présenté à la fin ou au début de la législature, tous les autres pays renouvellent immédiatement leurs assemblées, réduisant les délais à quelques mois au plus[92]). Reste toujours l'avantage très intéressant : à savoir que les hommes qui ont projeté la révision ne peuvent la parfaire, à moins d'avoir subi l'épreuve confirmatoire de la réélection.

Un auteur de droit public belge, M. Orban, considère cette nécessité d'une votation populaire comme dangereuse[93]). L'ouverture de la période électorale vient porter le trouble, l'agitation et l'effervescence dans la nation à une époque où il lui faudrait du calme et de la réflexion. Mieux vaudrait à son avis soumettre la révision à une ratification par voie de référendum ; il voudrait que sur la demande du Sénat ou du gouvernement, le peuple fût consulté pour dire s'il y a lieu de réviser certains points de la constitution. L'initiative de cette demande ne doit pas être laissée au peuple, car ce serait abandonner entre des mains malhabiles et trop légères un pouvoir dont l'exercice entraîne de graves conséquences.

Il semblerait donc que l'on veuille chercher cet élément restrictif de préférence dans une participation plus directe du peuple à l'œuvre constituante. Il devrait non seulement être admis au référendum consultatif, mais la loi, mise sur pied par

---

[92]) De même la pratique italienne a en fait toujours renouvelé sa législation, avant de voter une loi modifiant un point important de son organisation publique.

[93]) ORBAN, op. cit., t. II, p. 270.

le corps des représentants, devrait être soumise au référendum législatif. La Suède a déjà introduit un référendum consultatif et le Danemark fait participer le peuple à la législation constitutionnelle.

§ 4me : Le concours populaire

A. — L'appel au concours populaire pour limiter la puissance de l'organe législatif — en tant que corps des représentants — doit à son tour être soumis à la critique. Une des raisons qui ont favorisé le développement de la législation populaire réside très certainement dans la vague antiparlementaire qui s'est développée ces dernières années et surtout depuis la guerre. Il existe un certain divorce entre le peuple, et ses institutions politiques[94]) ; les corps constitués ne jouissent plus de la confiance illimitée de leurs commettants, soit parce qu'ils ne se sont pas montrés à la hauteur de leur tâche, ou qu'ils ont dû prendre par nécessité des mesures rigoureuses et impopulaires, soit encore parce que leur activité législative trop abondante n'a pas été des plus heureuses dans la réglementation des questions qu'ils ont eu à traiter.

Mais le peuple a aussi accédé au pouvoir législatif, à la suite d'une évolution inévitable, inhérente même au caractère de nos institutions. Le pouvoir aristocratique en ses origines a tendance à descendre dans les masses. Lorsqu'on avait proclamé la souveraineté du peuple, l'on ne pouvait pas à la longue lui en interdire l'exercice effectif; son action électorale, qui au début pouvait paraître suffisante, devait finir par être peu de chose à ses yeux. L'instruction pénètre dans le peuple, l'esprit critique et plus encore l'esprit de la critique se propagent parmi lui. L'opinion publique, largement éclairée par la presse sur les débats législatifs, tient à sortir de son rôle de

---

[94]) cf. BARTHELEMY Joseph, La crise de la démocratie représentative, dans Revue du droit public et des sciences politiques, t. XXXV, année 1928, p. 584.

spectateur muet, elle ne se contente plus de discuter de façon platonique les questions du jour, elle veut prendre une part réelle aux décisions.

Les hommes d'Etat de leur côté seront heureux de pouvoir faire appel à la ratification populaire de leur œuvre, car cette acceptation équivaut bien plus encore que la consultation électorale à une garantie de stabilité. De l'accord constaté entre le corps des représentants et le corps populaire peut se déduire la nécessité de la réforme et la sécurité qu'elle ne sera pas bouleversée à brève échéance. C'est pour cette raison que plusieurs Etats ont décreté que le concours populaire sera obligatoire en matière constitutionnelle, alors qu'il n'est que facultatif pour les lois ordinaires. Nous rappellerons en premier lieu l'exemple de la Suisse et de l'Irlande. La Lettonie a adopté la formule allemande décrite plus haut, mais en matière constitutionnelle le peuple votera obligatoirement sur les questions suivantes : la forme du gouvernement, la composition du territoire et le principe de la souveraineté nationale et le suffrage universel[95]). En Autriche le référendum est facultatif pour les lois ordinaires et les révisions partielles, il est obligatoire, lorsqu'il s'agit de procéder à une refonte totale.

B. — Mais par ailleurs certains Etats prévoient que le référendum n'aura pas lieu dès que les corps représentatifs voteront la loi à une majorité extraordinairement forte. La Lettonie et la Lithuanie n'accordent au peuple l'exercice effectif de son droit de législation qu'avec réticence. Si elles trouvent au sein de leurs chambres une majorité des 3/4 pour la Lettonie et des 4/5 pour la Lithuanie du total de leurs membres prêts à soutenir la révision, le vote populaire devient sans objet. La Lettonie prévoit en outre que les votes d'urgence à une majorité des 2/3 du total des membres rendront le vote du peuple inutile. Font exception à ces règles les trois questions indi-

[95]) Décision de l'art. 77 de la constitution, concernant les matières inscrites aux art. 1, 2, 3 et 6. Delp. et Lafer., op. cit., t. II, p. 115, 122.

quées plus haut; car là l'intérêt du peuple est trop fortement engagé pour qu'on puisse l'empêcher d'y dire son mot. La constitution tchécoslovaque exclut totalement le référendum en matière constitutionnelle, alors qu'elle l'admet en matière législative, toutefois seulement sur l'initiative du gouvernement.

L'idée contradictoire par rapport à la première poursuit un but identique. Cela peut paraître paradoxal. Mais il y a là une question d'appréciation, qui varie d'un peuple à l'autre. L'éducation du corps populaire n'est pas partout aussi avancée qu'en Suisse, où une longue pratique des affaires gouvernementales sur la petite échelle des intérêts cantonaux, a permis à la grande moyenne des citoyens suisses d'acquérir un sens très précis des réalités politiques. Le peuple est un grand enfant, il est plus accessible aux passions qu'aux raisonnements. Moins confiants en la sagesse populaire et en son expérience, quelques Etats n'osent s'appuyer trop sur lui, pour affermir la révision constitutionnelle. On peut s'en passer, puisque un vote adopté par les 4/5 des membres de la chambre législative sera difficilement désavoué par le pays ; entre lui et ses représentants existe une certaine communauté d'idées ; à son défaut la représentation se gardera bien d'entreprendre une réforme, qui pourrait déplaire au peuple et entraîner un échec électoral de ses membres, ou sa dissolution. Une si forte majorité permet aussi d'éviter d'affronter le vote populaire dont les réactions se calculent mal à l'avance et réservent souvent des surprises fâcheuses.

C'est pour la même raison que l'Estonie[96]) et l'Irlande[97]) excluent le vote du peuple en matière de législation ordinaire pour toutes les questions qui concernent la sûreté,

---

[96]) Ces matières réservées sont inscrites à l'art. 34 de la constitution. Delp. et Laf., op. cit., t. I, p. 485.

[97]) Les matières réservées sont inscrites à l'art. 47 in fine, les lois en matière financière sont toujours exclues du référendum, les autres lois ne le sont qu'au cas où les chambres les auront déclarées nécessaires à la sauvegarde immédiate de la paix, de la santé, et de la sécurité publique. (Delpech et Lafer., op. cit., t. I, p. 612.)

les finances (budget et emprunts publics, lois d'impôt), la santé publique, la déclaration de guerre, la conclusion de la paix et la proclamation de l'état de siège. Le motif y est des plus apparents ; l'on se défie du peuple et de ses réactions sentimentales. La solution de ces questions exige peut-être encore plus de calme et de sagesse que d'autres. On a le droit de s'attendre à ce que ces conditions soient plus facilement remplies par une assemblée représentative peu nombreuse.

L'exclusion du vote populaire doit être considérée comme un élément de stabilité.

C. — De façon plus générale il convient de remarquer que le référendum n'est pas la mesure la plus recommandée. Pour les questions compliquées l'impossibilité de la discussion est fort à déplorer ; car le vote ne peut se faire que par oui ou non. Ce qui plus est : la valeur du référendum sera des plus incertaines, car en s'y prenant un peu habilement les gouvernements peuvent s'arranger de sorte à placer le corps populaire devant des faits accomplis, ou lui cacher certains éléments d'appréciation qui auraient modifié son avis, de sorte que sa réponse sera une consécration fatale de la politique du gouvernement. Les plébiscites de l'Empire furent des modèles du genre. Il faut de la part du peuple une grande indépendance d'esprit et une volonté nettement déterminée pour désavouer sa législature et affirmer une politique « personnelle ». Le peuple suisse possède jusqu'à présent seul ce privilège.

Le concours du peuple à la législation ne trouvera par la force des choses qu'un emploi des plus restreints. Il n'est possible à titre permanent que pour de petits Etats ; chez les autres il ne s'exercera que d'une façon sporadique. L'on ne peut demander au peuple de s'assembler tous les jours dans les locaux de vote pour émettre son opinion. Cette mobilisation continuelle sera plutôt rare. Le pouvoir législatif du

peuple est un pouvoir latent[98]). Il influencera le vote de ses représentants par la seule possibilité de son intervention, bien plus que par son action effective. Influence somme toute relevant de la psychologie sociale ; elle est insuffisante : il nous faut un autre procédé plus juridique, plus efficace aussi, ce sera la majorité qualifiée. Ce procédé aura l'avantage non seulement de restreindre le pouvoir d'action des représentants sur la loi constitutionnelle, mais il s'appliquera également au vote populaire, le soumettant à son tour à une juste et équitable limitation.

§ 5me : La majorité qualifiée

L'Allemagne contemporaine ne connait en fait de mesures restrictives que la majorité qualifiée exigée pour les lois constitutionnelles ; elle n'est plus une mesure destinée à garantir le maintien de l'équilibre des compétences entre les autorités centrales et les Etats confédérés. Son unique but est de rendre la procédure constitutionnelle plus rigoureuse, plus difficile et d'assurer ainsi la stabilité de l'ordre constitutionnel à l'encontre même de l'organe législatif.

A. — Cette majorité qualifiée constitue-t-elle la limitation la plus efficace ? Il semble que oui, car à ne considérer que la pratique courante, nous arrivons aux constatations suivantes : Presque tous les Etats, que nous venons d'étudier, ne se sont pas contenté des mesures particulières adoptées par eux et examinées jusqu'à présent. Ils y ont ajouté la nécessité d'un quorum et d'une majorité plus forte. Tel est le cas de la Bulgarie qui possède pourtant un organe spécial différent de l'organe législatif. Cela se vérifie pour la Pologne et la Grèce, ainsi que pour les Etats qui renouvellent leur législature ; la majorité y est requise à la fois pour l'assemblée, qui émet le

---

[98]) Cette expression est reprise d'un cours de M. Robert Redslob.

vœu de révision et celle qui le réalise. Tantôt elle ne l'est que pour l'une d'entre elles. Quant aux Etats qui accordent au peuple un droit de législation concomittant à celui de leur organe représentatif, l'initiative populaire doit réunir un plus grand nombre de signatures que celui exigé pour les lois ordinaires. Une majorité plus forte est requise pour le vote de la révision chez les représentants et chez le peuple, mais il arrive fréquemment qu'elle ne l'est que pour le corps des représentants ; tel est le cas de l'Autriche et de la Suisse, qui ne prévoient point de conditions aggravantes pour le vote populaire. Les deux votes réunis en tiennent lieu. Chez certains la presqu'unanimité des représentants rend le référendum inutile.

B. — Quelle est la valeur de cet obstacle ? Certains auteurs, sans nier le moins du monde sa valeur, prétendent qu'il constitue une barrière des plus difficiles à franchir, et donc qu'au lieu de permettre la révision de la constitution, il l'expose à être renversée purement et simplement. L'un d'eux, M. Bousquet de Florian[99]), cite à l'appui de ses dires l'essai de révision fait sous le régime de la constitution de 1848. Le vœu de révision, qui devait être adopté à une majorité des 3/4, ne put aboutir, parce que, dit-on, le chiffre exigé était trop fort. Un coup d'Etat devait rendre la révision inutile. Il se peut en effet que le chiffre de 3/4 du total des membres fût trop élevé ; peu de constitutions l'exigent. Mais nous croyons pouvoir dire sans nous attacher davantage aux motifs détaillés, qui ont pu faire échouer le vœu de révision, que son échec est bien plus dû aux circonstances politiques du moment. Tout le système d'alors portait à faux : le régime était républicain, le président un prince impérial et la chambre occupée en majorité par des royalistes. En outre la crainte d'une assem-

---

[99]) BOUSQUET de FLORIAN, Révision des constitutions, p. 45. Cette objection fut soulevée aussi à l'assemblée nationale par le député de Kerdrel, Moniteur 1848, p. 2953.

blée constituante toute puissante, avec tout son cortège d'aventures possibles, fut une des raisons décisives qui empêchèrent la formation d'une majorité suffisante et favorable à la révision.

L'on ne peut juger une institution sur un seul exemple concret, il faut baser ses conclusions sur une bonne moyenne de cas. Certes, si l'affirmation de nos contradicteurs était exacte, la majorité qualifiée ne pourrait plus être considérée comme un élément de stabilité de l'ordre politique, et l'on ne comprendrait plus pourquoi la majorité des Etats l'ait néanmoins adoptée. Mais examinons ce problème de plus près.

C. — Nous notons que cette procédure est utilisée également pour les lois ordinaires et certaines décisions de l'organe législatif, lorsqu'on juge que l'adhésion d'une majorité qualifiée doit garantir dans une affaire de grande conséquence l'opportunité de la mesure prise. En Belgique une modification constitutionnelle, apportée le 7 février 1921 à l'art. 47, stipula que la loi ordinaire accordant le droit de vote aux femmes, dans les mêmes conditions qu'aux hommes, devrait réunir au moins les deux-tiers des suffrages.

La constitution autrichienne exige pour les lois ordinaires un quorum du tiers des membres et la majorité absolue des suffrages ; lorsqu'il s'agit pour l'assemblée nationale de retirer sa confiance au gouvernement, la présence de la moitié au moins des membres est requise ; pour la mise en accusation des ministres la présence de plus de la moitié des membres est nécessaire. Lorsque l'assemblée établit la loi sur son règlement intérieur, elle devra réunir un quorum s'élevant à la moitié de ses membres et les 2/3 des suffrages exprimés ; c'est la même majorité qu'elle exige pour les traités modifiant les lois constitutionnelles et les lois ordinaires.

Cette majorité intervient aussi pour restreindre et canaliser la suprématie de l'organe législatif dans ses rapports avec les autres pouvoirs. Il a le droit d'imposer son point de vue à tous les autres organes et en particulier à ceux qui

collaborent avec lui à la législation ; mais dans une mesure de sage prévoyance il ne pourra briser leur résistance qu'à condition de leur opposer une volonté dûment établie et sanctionnée par la présence et le vote d'un nombre de représentants plus considérable.

C'est la chambre des députés issue du suffrage universel, qui peut faire prévaloir sa volonté à l'encontre du sénat sous cette condition[100]).

En Allemagne, le Reichstag, et en Autriche, l'assemblée nationale, font aboutir les lois malgré l'opposition formulée par les organes fédéraux, conseil fédéral ou assemblée fédérale, le Reichstag à la majorité des deux-tiers, l'assemblée nationale à la majorité absolue des voix, la moitié des membres étant présente. La Lithuanie permet de même à sa chambre unique de maintenir son projet de loi malgré l'hostilité du gouvernement, en la votant une seconde fois à une majorité supérieure ; elle peut couper court à toute demande de deuxième délibération de sa part, si elle le vote dès la première fois à une majorité des deux-tiers de l'assemblée d'Etat. Il faut citer en outre les mesures particulières mentionnées à la section précédente, proclamant l'inutilité du vote populaire chaque fois que le corps des représentants a pu réunir l'accord de la presque unanimité de ses membres.

La majorité n'est donc pas une mesure spéciale à la législation constitutionnelle. Elle constitue en quelque sorte le pivot central de toute décision définitive enchaînant l'avenir. Elle est la pierre d'achoppement à laquelle doit se heurter et s'émousser toute tentative d'orientation nouvelle ; ne la sauteront, que les projets vraiment bien mûris. Il ne semble pas que cette pratique ait présenté des inconvénients très sérieux et empêché la vie politique des Etats de s'acheminer

---

[100]) Ainsi font la Grèce, la Pologne et la Tchécoslovaquie. Notons cependant que ces constitutions rétablissent l'égalité lorsqu'il s'agit de décisions portant sur une question constitutionnelle ; dans ces cas il faut un avis concordant des deux chambres.

normalement. Pourquoi ce facteur serait-il alors un élément de troubles en matière de loi constitutionnelle ?

D. — M. Bousquet de Florian nous oppose encore un autre argument qui ne manque pas d'être quelque peu spécieux. Exiger une majorité si élevée, c'est permettre à une minorité décidée d'arrêter une majorité très compacte dans son œuvre de révision. Cet argument avait déjà été présenté à l'assemblée nationale de 1848. L'on peut objecter que, plus grand est le chiffre exigé, plus il y a des chances que la majorité ainsi constituée n'est pas l'effet du hasard et qu'elle n'est pas poussée par des considérations préjudiciables à l'intérêt du pays. D'autre part qui nous dit, que dans certains cas la minorité ne représente pas le véritable intérêt national, alors dans ces conditions il n'est que juste qu'une minorité infime puisse se mettre en travers des projets d'une majorité considérable.

En pratique cependant les constitutions qui exigent une très forte majorité c'est-à-dire des 3/4 ou des 4/5 du total des membres ne sont pas si nombreuses. La proportion la plus communément admise est la majorité des 2/3 des suffrages exprimés, étant entendu que 2/3 au moins des membres doivent être présents. Cette majorité n'est vraiment pas excessive, et il est inexact de prétendre qu'une minorité minuscule puisse paralyser tout effort de révision. D'ailleurs cette majorité pourra et devra être plus forte dans une assemblée peu nombreuse ; la constitution du Liechtenstein exigeant l'unanimité de ses membres[101]), qui sont au nombre de quinze, n'a point visé trop haut, car il est certain qu'il est plus facile de réunir l'adhésion d'un petit nombre d'hommes, et donc là les conditions devront nécessairement être plus sévères. Ce chiffre dépendra aussi du tempérament et des tendances particulières des pays, de la constellation moyenne des partis politiques.

---

[101]) Ce vote peut être remplacé par deux autres, réunissant chaque fois une majorité des ¾ (art. 111).

Pour le vote populaire, la majorité sera moins forte ; la juste moyenne est assez délicate à établir. Il ne faut pas que la majorité soit élevée, car sans cela la révision risque de ne pas aboutir faute d'avoir pu vaincre l'inertie des votants ; elle ne doit pas être trop basse afin de ne pas faciliter la révision opérée en un instant d'engouement populaire.

La pratique des révisions dont nous avons déjà parlé et dont nous donnerons encore des exemples au cours des explications ultérieures, prouve amplement que la majorité n'a pas constitué un obstacle trop grand pour opérer les révisions nécessaires.

E. — Elle constitue au contraire la mesure intermédiaire entre une rigidité exagérée et une souplesse trop grande. Nous savons à l'heure actuelle, combien il est difficile d'obtenir l'adhésion des représentants du peuple. Il suffit de parcourir les recueils officiels des débats parlementaires pour se rendre compte que la majorité des votants constitue assez souvent une petite minorité au regard du nombre total des membres composant les assemblées, et surtout aussi au regard du nombre des électeurs qu'ils représentent. Les votes et les abstentions en effet ne sont pas dirigés d'après la seule considération de l'intérêt général, mais aussi compte tenu des intérêts électoraux. Il est donc des plus indiqués d'obliger une grande partie des représentants à prendre franchement position sur la question de la révision.

Cette convergence de majorités compactes peut à bon droit être regardée comme le signe de la nécessité de la réforme et le gage de sa viabilité, lui assurant une grande durée ; à tout le moins sera-t-on sûr, qu'elle n'a pas été faite à la légère. Il sera peu probable qu'il puisse se former à l'encontre de cette majorité, une autre d'opposition toute aussi grande pour renverser l'œuvre à peine achevée. La majorité simple, suffisante pour édicter les lois ordinaires, ne pourra y toucher ; la majorité qualifiée exigée pour elle rendra sa rédaction première plus difficile, mais aussi à coup sûr sa modification ultérieure.

F. — L'organe législatif nous apparaissait comme un organe unique, mais en réalité il se dédouble, grâce à cette particularité de procédure, en deux parties composantes[102]), qui s'emboîtent l'une dans l'autre. Il y a l'organe législatif — majorité simple —, habile à voter les lois ordinaires, et l'organe constituant — majorité qualifiée —, seul habile à voter les lois constitutionnelles.

Cette différenciation, à elle seule, réalise sur un plan modeste, mais des plus efficaces une distinction réelle entre les deux sortes de lois. Elle restreint la toute puissance de l'organe législatif et confère par là même à la loi constitutionnelle une supériorité incontestable, toute faite de stabilité, à l'égard des lois ordinaires.

Section troisième :

Le domaine constitutionnel

Les transformations, impliquées à la fois par l'affaiblissement de la notion du pouvoir constituant et par les nouvelles préoccupations concernant la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires, n'ont pas seulement entraîné des conditions plus rigoureuses pour la rédaction des premières ; elles se sont également manifestées par une modification intervenue dans leur « aspect statique ».

La révolution française avait mis sur pied une notion de la constitution, matériellement définie : elle était la loi créatrice des pouvoirs publics et d'organisation de leur fonctionnement. Elle était essentiellement loi de compétence et loi de procédure. Le domaine particulier qui lui a été assigné comme étant le sien propre et comme la différenciant de la loi ordinaire, ne lui appartient plus en entier. Des glissements se sont produits, et certaines matières précédemment constitution-

---

[102]) Cette idée nous a été suggérée dans une discussion avec M. le prof. Carré de Malberg.

nelles, ont passé dans le domaine de la loi ordinaire ; tandis que de nombreuses règles, qui suivant leur définition matérielle ressortaient à la loi ordinaire, ont été inscrites parmi les principes constitutionnels. Le sens nouveau de la loi constitutionnelle ne cadre plus avec la vieille définition.

§ 1er : La déconstitutionnalisation des règles d'organisation des pouvoirs

Un premier fait s'impose à notre observation. Les lois constitutionnelles ne contiennent plus toutes les règles d'organisation des pouvoirs publics. Nous ne saurions trouver de meilleur exemple que celui des trois lois constitutionnelles françaises de 1875. Elles se sont bornées à édicter strictement les règles les plus nécessaires pour orienter la nouvelle course ; elles organisent le sénat, la chambre des députés, les attributions du pouvoir exécutif ; elles règlent leurs rapports réciproques ; mais elles ne mentionnent nullement le pouvoir judiciaire. Cela était inutile. Toutes les modifications politiques intervenues ne concernaient point sa structure, ni ses rapports avec les autres pouvoirs ; son organisation pouvait parfaitement subsister telle qu'elle avait été créée par les régimes précédents. Ayant fait ses preuves, elle se trouvait suffisamment bien assise dans l'opinion publique pour n'avoir plus besoin d'être inscrite dans les textes constitutionnels.

Nous pouvons parcourir à l'heure actuelle toutes les législations européennes : aucune ne nous donnera l'aspect complet de l'organisation des pouvoirs publics, nous ne la retrouverons même pas dans les pays neufs, où le rappel d'anciennes institutions était impossible. En voici la raison :

Il existe parmi ces règles d'organisation, certaines, qu'il serait trop fastidieux d'insérer dans le corps de la constitution, parce qu'elles ont besoin d'évoluer plus rapidement que d'autres. Nous faisons ici surtout allusion aux règles électo-

rales. Les intégrer dans la constitution obligerait à la réviser constamment, alors qu'elle doit être une œuvre stable, à laquelle les retouches ne doivent être faites que le moins souvent possible, afin de ne pas l'abaisser au niveau des lois ordinaires. C'est dans cette intention que les constituants de 1884 déconstitutionnalisèrent les articles 1 à 7 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875, relatifs aux sénateurs inamovibles, à la répartition des sénateurs par département, aux conditions de leur éligibilité. Les sénateurs inamovibles ont été supprimés par la loi ordinaire, mais réputée organique, du 9 décembre 1884, et désormais l'organe législatif tient ces règles sous sa direction, pouvant les modifier selon que la faveur du sénat sera croissante ou décroissante.

Il est d'ailleurs très significatif de noter, que toutes les lois qui furent édictées après 1875 en vue de compléter l'organisation des institutions publiques, portaient le nom de lois organiques, titre qui atteste leur caractère identique à celui des lois constitutionnelles ; elles aussi sont constitutives de l'ordre public, mais elles n'ont point et ne doivent plus avoir la force spécifique des lois constitutionnelles. Les constitutions autrichiennes et tchécoslovaques prévoient que parmi les lois, donc aussi celles qui traiteront de questions d'organisation publique, certains articles seront votés selon la procédure des lois ordinaires, d'autres par contre seront votés selon la procédure constitutionnelle. Le législateur décidera en toute indépendance la question de savoir à quels articles il appliquera cette procédure particulière ; bien entendu, il l'appliquera à celle d'entre les règles qu'il voudra munir d'une force supérieure. Ces articles ainsi votés porteront le nom d'articles constitutionnels. Nous en verrons un exemple plus bas.

On prend l'habitude de n'édicter sous le couvert de la constitution que les principes suprêmes des organismes envisagés, laissant le soin au législateur ordinaire de régler les détails de leur aménagement. Les principes doivent garder une certaine immutabilité, l'application pratique doit pouvoir

varier. Cela nous rappelle beaucoup un usage assez constant du législateur ordinaire ; lui aussi tend à se décharger sur le pouvoir exécutif de l'ordonnancement particulier des règles qu'il édicte. Le législateur ne se sent pas la main assez sûre pour toucher à tout le fonctionnement d'une institution publique, qui exige certaines connaissances techniques, ni le temps pour suivre toutes les affaires de plus en plus nombreuses, dont on le charge. Le pouvoir exécutif dispose d'un personnel spécialisé, et peut donc faire œuvre utile ; lorsque des réadaptations, des modifications s'imposent, elles se réalisent plus aisément, plus rapidement par la voie du règlement que par celle de la loi. Car la machine législative est lourde à mener ; elle l'est encore davantage quand elle élabore une loi constitutionnelle.

En Tchécoslovaquie, seule l'existence d'un tribunal constitutionnel composé de 7 membres, compétent pour statuer sur l'inconstitutionnalité des lois, est d'ordre constitutionnel. Cette prescription est inscrite dans la loi d'introduction à la constitution, aux articles deux et trois, alinéa 1, qui avec l'article 1 et 6 ont seuls valeur constitutionnelle suivant les dires de l'article 7 de cette loi préliminaire du 29 février 1920. Une loi ordinaire en date du 9 mars règle les détails concernant la procédure, les plaideurs admis à la barre et l'effet du jugement.

Parfois cependant, ces constitutions ne contiennent pas seulement des prescriptions liant le législateur, elles s'adressent aussi directement aux organes subalternes décrivant tous les rouages du fonctionnement des élections. L'exécutif se voit tracer les règles de procédure concernant les règlements de nécessité ou par exemple les règles de nomination et d'installation des nouveaux ministres, de sorte qu'une loi de complément devient inutile. La loi constitutionnelle supplée le législateur, elle joue elle-même le rôle d'une loi de fond ; elle le joue encore davantage en ce qui concerne les questions que nous allons traiter au paragraphe suivant.

§ 2me : Les principes supérieurs

La constitution ne comprendra pas seulement des règles touchant l'organisation des pouvoirs ; mais aussi de nombreuses règles touchant les intérêts considérables des particuliers ou de la collectivité, que l'on veut garantir contre des empiétements irréflichis du parlement.

A. — La dernière révision constitutionnelle française en 1926 a répondu à cette intention. L'on était en pleine crise financière, l'état des finances publiques, par suite des dettes de guerre et des lourdes charges de la reconstruction, se trouvait en mauvaise posture. La confiance manquait autant de la part des nationaux que de l'étranger. Parmi les mesures destinées à remédier à cette calamité et à restaurer les finances publiques et le crédit de notre monnaie fut prévue une caisse d'amortissement. Cette institution ne fut pas établie par une loi ordinaire ; les chambres se rendirent à Versailles pour lui donner force constitutionnelle, afin que l'on sache, que cette caisse n'est pas à la merci de l'organe législatif, afin qu'au vu et au su de tous elle soit munie de la stabilité nécessaire pour garantir le rétablissement de la situation financière. La valeur effective de la mesure est surtout d'ordre moral.

B. — Plus instructif et plus convaincant est l'exemple de la constitution allemande de Weimar[103]). Elle contient comme de juste de nombreuses règles très détaillées concernant l'organisation et le jeu des pouvoirs publics. Mais toute la deuxième partie est consacrée à ce que M. Hauriou appelle la constitution sociale. Cependant cette compréhension doit être appliquée dans un sens des plus larges, comme nous le verrons.

---

[103]) Le livre de M. Edmond Vermeil, La Constitution de Weimar, est des plus intéressant à lire, car il introduit le lecteur avec beaucoup de détails dans le travail d'élaboration de cette constitution.

Cette partie s'intitule « Droits et devoirs fondamentaux des Allemands ». Divisée en cinq sections traitant tour à tour de l'individu, de la vie sociale, des rapports de l'Etat avec les Eglises, de la question de l'éducation et des écoles, de la vie économique, elle reflète bien les préoccupations primordiales des Etats actuels et elle porte l'empreinte de la collaboration forcée de partis à croyances et conceptions contraires, qui par voie de compromis ont essayé de fixer les principes de la matière. Nous trouvons tout d'abord les libertés individuelles, jadis proclamées par la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais leur importance n'est plus aussi actuelle ; elles sont acceptées comme une chose qui va de soi par notre droit public ; des problèmes nouveaux d'ordre social ont surgi, les faisant passer à l'arrière-plan des préoccupations.

La dissolution des mœurs et la crise de la natalité ont déterminé la constitution à prendre l'institution familiale sous sa protection ainsi que l'éducation de la jeunesse. Puis aussitôt, surgit la question des Eglises. L'Etat sera-t-il laïque ou chrétien ? Là encore les partis se heurtent et leur compromis nous vaut l'affirmation et la protection de la liberté de conscience, la répudiation de l'Eglise d'Etat, mais la concession d'une large liberté dans l'organisation et la défense de leurs intérêts spirituels et matériels ; les Eglises conservent le caractère de corporations du droit public. Ces mêmes conceptions cherchent une entente sur le terrain de l'école. On établit le principe de l'école nationale unique : l'institution sera mise à la portée de tous, seul compte tenu de leurs aptitudes ; elle aura en principe caractère aconfessionnel ; l'instruction religieuse pourra être donnée à l'école et il y aura possibilité de créer des sections pour les diverses croyances, lorsque les parents le demanderont et que le nombre des élèves le justifiera. Des écoles privées pour les différents cultes et conceptions philosophiques sont permises par l'Etat, lorsque un traitement matériel suffisant est assuré au personnel enseignant.

Passant du terrain des croyances à celui de la vie économique, la constitution va prendre parti dans le conflit si

redoutable entre le patronat et le salariat, qui oppose l'Etat « capitaliste » à l'Etat « socialiste ». La libre activité humaine est le principe ; la propriété privée est garantie, mais « son usage doit être en même temps un service rendu à l'intérêt général » ; la répartition et l'utilisation du sol sont contrôlées par l'Etat de façon à éviter les abus. Le droit de succession des parents est maintenu, l'Etat n'y prélève plus un impôt, mais il y a une « part ». A l'expropriation pour cause d'utilité publique moyennant juste indemnité on ajoute l'expropriation en vue de la socialisation des entreprises susceptibles de l'être. On prévoit la protection de tout travail, mais aussi le droit de tout Allemand au travail et en cas d'impossibilité, à l'assistance. La constitution préconise l'encouragement et la préservation de la classe moyenne, elle organise un système de conseils où patrons et employés collaboreront pour le plus grand bien de la paix sociale.

Cet ensemble de prescriptions occupe une soixantaine d'articles. On ne peut dire qu'elles ont de par elles-mêmes caractère constitutionnel. On les a cependant mises dans la constitution. La raison doit être cherchée dans la conception des hommes qui ont présidé à sa rédaction. Ces principes sont controversés parce qu'ils touchent à une question vitale de la nation : d'ordre moral : christianisme, laïcisme, d'ordre matériel : sovjétisme ou liberté économique ; chacun des partis opposés en présence a senti la nécessité d'ancrer dans la constitution ses conceptions qu'il considère comme primordiales, afin qu'une majorité éphémère au sein du corps législatif ne puisse point les bouleverser. Ne le pouvant pas selon leur gré, ils ont rusé au cours des débats pour en faire admettre le plus possible ; ils ont fait des concessions sur certains points, quand ils pouvaient faire reconnaître leur avis sur d'autres. Telle est l'explication particulière de la constitution allemande.

Mais la tendance manifestée par elle n'est pas isolée. Toutes ces prescriptions à caractère social venant remplacer les prescriptions individualistes du 18^{me} siècle se retrouvent

dans toutes les constitutions modernes, même dans celles qui n'ont pas été rédigées avec la collaboration de partis à tendances socialistes. L'inscription de ces prescriptions est une nécessité générale de notre temps. Bien entendu on les retrouve plus ou moins amplement développées et les solutions sont divergentes. La constitution allemande a adopté les mesures les plus hardies. Les auteurs de la constitution ont d'ailleurs cherché de propos délibéré à réaliser ce compromis entre la civilisation politique latine et occidentale et la théorie soviétique.

C. — Nous retrouvons parmi les questions érigées en principes constitutionnels la règlementation de la naturalisation, l'obligation au service armé, l'instruction obligatoire, surtout importantes dans les pays neufs. Enfin de nombreux Etats ont repris dans leur constitution la règlementation des droits des minorités ; la constitution tchécoslovaque consacre une loi spéciale constitutionnelle du 29 février 1921 aux principes du droit linguistique. L'Autriche et l'Allemagne ont élevé la protection des minorités nationales au rang de matière constitutionnelle, afin que ces obligations d'ordre international soient plus efficcacement suivies par le législateur ordinaire.

La Suède a édicté en date du 16 juillet 1812 une loi constitutionnelle spéciale, où elle établit le principe de la liberté de la presse et un jury pour les procès de presse. Depuis, de nombreuses modifications y ont été apportées ; et en 1876 on a déconstitutionnalisé les dispositions relatives aux droits d'auteur, afin que leur adaption aux nécessités nouvelles puisse se faire sans que l'on soit obligé de recourir aux formes plus compliquées de la législation constitutionnelle. La religion d'Etat fait aussi partie de la règlementation constitutionnelle, surtout de celle des pays balkaniques, où elle est un des points névralgiques de la politique. La Roumanie, tenant compte du principe de sa richesse, exclut les étrangers de la propriété rurale.

Nous arrêtons là l'énumération de ces matières ; elles sont des plus nombreuses. Chaque Etat pour les édicter s'inspire de sa situation et de ses nécessités particulières.

D. — Il ne faudrait pourtant point se méprendre sur la véritable portée de ces prescriptions. Souvent elles n'ont qu'un caractère déclamatoire. L'art. 153 de la constitution de Weimar nous en fournit un exemple : « La propriété est garantie par la constitution ; son contenu et ses limites résultent d'une loi. » L'exécutif se trouve lié par cette disposition ; il ne pourra jamais agir qu'en vertu d'une loi. Mais le législateur ordinaire a toute latitude pour régir la matière à sa guise. La protection désirée se trouve réduite à une simple invitation sans efficacité juridique. Cependant de nombreuses prescriptions contiennent un ordre précis ou une interdiction positive, susceptible de sanction juridique, et constituant pour le législateur une limitation sérieuse.

CHAPITRE QUATRIEME

Raison positive, valeur pragmatique et contrôle de la distinction

> *« La liberté d'un pays ne repose pas sur des principes généraux, mais sur des institutions, qui entravent l'exercice arbitraire, même de la part de l'autorité légitime, en quelques mains qu'elle se trouve. »*
>
> Ph. A. de Segener. (Sammlung kleiner Schriften I. S. 463, cité par Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, p. 224.)

Après avoir analysé dans les chapitres précédents les termes qui nous paraissent caractériser le sens et le but de l'évolution de notre concept moderne de la distinction, il nous reste une dernière tâche.

Il nous faut présentement dégager la formule, qui sera la synthèse et l'expression la plus fidèle de la conception nouvelle. Celle-ci une fois bien campée, nous en examinerons la valeur pratique et de quelle manière nous arriverons à la réaliser de façon satisfaisante.

Section première :

La raison positive du concept

Les lignes suivantes ne feront que concrétiser ce qui se trouvait virtuellement inclus et dispersé dans tout ce que nous avons pu dire plus haut. Il convient en réalité de ra-

masser à l'heure actuelle le résultat de notre étude en quelques phrases condensées et précises.

A. — La distinction des lois constitutionnelles et ordinaires ne se construit plus sur une différence d'essence, mais elle est un procédé de technique juridique en vue de la réalisation d'une force supérieure.

Il n'est plus possible à l'heure actuelle d'opposer la loi constitutionnelle à la loi ordinaire comme étant la loi issue du peuple, alors que la loi ordinaire ne serait que l'émanation d'une autorité. Les deux lois puisent leur force dans le peuple, qu'elles soient l'une l'œuvre directe du peuple ou l'œuvre de ses représentants, ou toutes deux l'œuvre d'une représentation élue. C'est là une conséquence du principe de la souveraineté nationale. Le vote du peuple n'est pas prescrit uniquement pour des raisons d'ordre logique, préconçu, mais le vote populaire est établi partout là, où la ratification directe par le peuple est susceptible d'influencer heureusement la législation et dans les circonstances où son intérêt personnel est plus particulièrement en jeu. On ne considère plus aujourd'hui la constitution comme étant exclusivement l'acte initial de fondation de l'Etat. Certes, elle conserve toujours cette mission ; mais elle n'est pas suffisamment large pour rendre compte du caractère véritable et entier de la distinction. En expliquant les préoccupations nouvelles des Etats, nous avons dit que l'on avait voulu en faire une loi de garantie ; c'est pour cela que l'on s'est efforcé de l'assortir de règles restrictives et que l'on y a classé tout ce qui, pour être protégé contre les empiètements de l'organe législatif, devait jouir d'une force supérieure.

A la notion de ce qui est constitutionnel s'est substituée la notion d'une hiérarchie de principes. Ces principes sont inscrits dans la constitution, moins parce qu'ils ont caractère constitutif pour l'Etat que parce que d'après l'esprit et la conception de l'époque, ils touchent à une question intéressant les forces vives de la nation, et qu'il importe de mettre au-

dessus de l'atteinte du législateur ordinaire. Par ce fait même, ces questions acquièrent une valeur fondamentale.

Sièyes aussi qualifiait les lois constitutionnelles de « fondamentales », parce que les pouvoirs créés par elles, ne pouvaient y toucher. Aujourd'hui, l'organe législatif peut les modifier ; mais nous employons encore la même expression, en lui donnant toutefois une autre signification : aujourd'hui ces lois sont dites fondamentales, en ce sens, qu'une juste solution ayant été établie, il importe de les garantir contre des modifications inconsidérées. Il importe d'assurer aux principes qu'elles consacrent une force supérieure, une durée plus longue et la sécurité de ne pouvoir être modifiées qu'en suivant des conditions de procédure plus rigoureuses. Leur stabilité doit être plus grande que celle des lois ordinaires.

Ces principes sont « ancrés » dans la constitution.

La loi constitutionnelle est donc une loi à puissance renforcée, elle est un ensemble de règles et de principes que le législateur a assorti d'une force plus grande. C'est pour cette raison que certaines règles qui n'ont pas de valeur matérielle constitutionnelle y sont néanmoins inscrites et pour cela aussi que des principes à caractère matériel constitutionnel ne sont édictés que par la voie de la procédure ordinaire, parce que la force inhérente aux lois ordinaires est jugée suffisante pour eux.

B. — La définition matérielle cède le pas à la définition formelle. De même, l'on ne saurait plus dire à l'heure actuelle, qu'une loi est un ordre, qui édicte des règles générales, parce qu'en fait et en droit, elle édicte également des ordres particuliers. Les lois se définissent à raison des organes et surtout des formes de leur émission. Aura la valeur et la force formelle d'une loi, toute règle qui sera édictée en forme de loi par l'organe législatif. Nous dirons de même : aura la valeur d'une loi constitutionnelle, toute règle édictée par l'organe législatif suivant la procédure constitutionnelle spéciale. La distinction s'établit ainsi, compte tenu de la procé-

dure usitée. L'on ne dira plus que les questions concernant l'organisation des pouvoirs publics sont d'ordre constitutionnel et ne peuvent donc être édictées que suivant la procédure constitutionnelle ; mais il faudra dire que toutes les règles que l'on voudra assortir de la force formelle de la constitution, devront être votées selon les voies de la procédure spéciale usitée pour les lois constitutionnelles ; ces règles ainsi portées ne pourront plus être modifiées que par la même voie.

Le critère de l'incompétence sera d'ordre formel. Une modification portée par le législateur à une disposition constitutionnelle par voie législative ordinaire ne sera pas nulle, parce qu'il était incapable de l'émettre, mais parce qu'il aura omis d'appliquer la procédure requise.

Cette notion formelle ruine enfin la théorie de la délégation matérielle des pouvoirs. Même dans les pays qui connaissent un organe spécial pour édicter les lois constitutionnelles, il est faux de prétendre que l'organe législatif ait reçu délégation pour réglementer les questions d'organisation des pouvoirs. Cela supposerait en effet que le législateur en les réglant leur conférerait la même force qu'aux dispositions constitutionnelles. Or cela est inexact. Le législateur ordinaire en réglant ces matières ne leur confère, que la force qui lui est spécifique. Ces matières pourront toujours être reprises par le législateur constituant ; en les réglant, il leur communiquera la force constitutionnelle, qui leur faisait défaut momentanément.

Dire que cette distinction est d'ordre formel, c'est affirmer aussi, qu'il est réservé à l'Etat de disposer souverainement d'elle et d'y classer les questions selon ses besoins. La consistance des lois constitutionnelles et des lois ordinaires variera non seulement d'un pays à l'autre, mais aussi dans un même pays au cours de son évolution.

Cette notion formelle de la distinction se trouve attestée par la terminologie et la méthode de rédaction employée.

De façon plus générale l'on ne rédige et l'on ne parle plus de constitution, mais on désigne ces textes par le nom de lois constitutionnelles. Aussi ne se présentent-elles plus guère sous la forme d'un document unique ; la matière constitutionnelle se trouve inscrite dans un certain nombre de lois qui sont créées au hasard des besoins. La France en compte trois ; l'Autriche en énumère une douzaine sans compter les articles répartis à travers les lois ordinaires.

C. — La nouvelle notion de la distinction, dont nous avons présentée plus haut la formule, se trouve amplement confirmée par l'aspect général de notre droit public moderne en ce qui concerne le domaine de la législation.

Nos Etats, en effet, sont régis par un ensemble de prescriptions législatives, dont la portée et la valeur vont en décroissant. Toute une hiérarchie s'établit, basée essentiellement sur la force différente et graduée, accordée à chacune d'elles. A l'intérieur des principes constitutionnels et des principes ordinaires une différenciation existe. Plusieurs constitutions connaissent des principes qui sont immuables, qui se trouvent donc au-dessus de ceux que l'on peut modifier suivant une procédure plus rigoureuse. De même parmi les lois ordinaires on distingue des principes qui, sans être constitutionnels, requièrent cependant pour leur modification des conditions plus sérieuses. Ils prennent une place intermédiaire entre les deux sortes de principes. Une autre catégorie de principes tend à apparaître dans les divers droits nationaux de l'Europe. Ces principes semblent avec le temps devoir prendre le pas sur les principes constitutionnels[104]. Ce sont

---

[104]) L'exemple de la ville libre de Dantzig, qui se trouve sous la tutelle de la Société des Nations, peut être cité. La constitution de cette ville a besoin pour sa validité de la sanction de la S. D. N. Mais cette restriction a eu surtout pour but de garantir l'établissement d'une constitution démocratique. Par ailleurs la S. D. N. dans l'état actuel de son développement ne peut prétendre être l'organe qualifié de la communauté juridique internationale ; elle n'a pas de pouvoir de coercition propre, différent de celui des grands Etats qui l'animent.

les règles du droit public et privé international. Dans la mesure — et elle n'est qu'à l'état naissant — où le droit des Etats commence à reconnaître au-dessus de lui une communauté internationale et juridique ayant certains droits de coercition à son égard, ou du moins vis-à-vis de laquelle il est obligé de reconnaître sa sujétion, aux règles de laquelle il doit obéir, et qu'il ne peut enfreindre ou contrecarrer sans encourir un blâme moral aux yeux du monde civilisé, dans cette mesure même, la hiérarchie des principes se complète par celle des règles du droit international supérieur au droit constitutionnel des Etats, c'est-à-dire s'imposant à son respect. Certaines constitutions d'après guerre ont inscrit les règles internationales parmi les règles constitutionnelles. Elles ne pourront donc plus être modifiées que suivant la procédure constitutionnelle plus rigoureuse, mais elles auront de plus besoin pour être abrogées du concours libre des autres nations cocontractantes ou des représentants autorisés de la communauté internationale, en l'occurrence la Société des Nations.

L'article 9 de la constitution autrichienne spécifie que les règles du droit international sur lesquels il y a accord général, valent comme partie intégrante du droit fédéral, et la cour de justice constitutionnelle a, en vertu de l'article 145, le droit de connaître des violations du droit des gens conformément aux dispositions d'une loi fédérale spéciale, qui n'a pas encore été rendue. Ceci nous permet d'en déduire qu'elle pourrait être appelée à annuler même des dispositions constitutionnelles, qui seraient en contradiction par exemple avec les dispositions sur les minorités nationales, inscrites dans les traités de paix, et reprises par la constitution autrichienne.

La constitution allemande contient une règle analogue dans son article 4.

D'ailleurs il est reçu, que les Etats, en exécution des traités conclus avec d'autre pays, modifient leur législation ou y admettent des exceptions. Au début de la guerre de 1914 la cour

des prises anglaises[105]) annula une prise faite — il est vrai — en vertu d'une ordonnance du roi ; mais celle-ci était contraire aux principes du droit international. Cependant la cour revint sur sa jurisprudence pendant les années suivantes.

Les juristes et les praticiens ont tendance à reconnaître dans le droit international une règle supérieure s'imposant au droit national, parce qu'elle tire son origine d'une source différente et supérieure à la volonté de chaque Etat[106]). La question est cependant encore controversée.

En résumant ce que nous venons de dire, nous aurions donc en premier lieu les principes internationaux (sous réserve), les principes constitutionnels immuables et ceux modifiables suivant une procédure plus compliquée, les principes ordinaires votés à la majorité renforcée, les principes ordinaires votés à la majorité simple.

En définitive, lois constitutionnelles et lois ordinaires nous apparaissent comme des règles juridiques, dont l'objet peut varier, mais dont surtout la valeur et la force, la résistance au changement doivent être différentes en vue de la stabilité de l'ordre politique.

Section deuxième :

La valeur pragmatique du concept

Toute institution juridique n'est bonne qu'autant, que déduite dans la pratique, elle y devient un instrument utile pour le progrès de la société politique qui l'a conçue. Nous devons donc nous demander quelle est la valeur du nouveau concept

---

[105]) cité par Walter Simons dans Reichsverfassung und Rechtsprechung, Zeitschrift für gesammte Staatswissenschaft, t. LXXXI, 1926, p. 408 et 409 ; il s'agit du cas Zamora.

[106]) cf. KELSEN Hans, Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates 1926, § 52, où il établit une échelle de règles génératrices les unes des autres, en descendant des règles internationales jusqu'aux décisions administratives et aux jugements. cf. également Walter Simons, op. cit., plus haut.

de la distinction, il convient d'en faire ressortir les avantages, compte tenu des expériences de la pratique ; mais il faut aussi examiner les critiques, et confesser, s'il est nécessaire, les défaillances et les faiblesses du système. C'est ce que nous allons essayer d'entreprendre.

§ 1er : Les avantages

A. — L'aspect psychologique

Examinons tout d'abord la question sous son aspect psychologique : L'organe législatif opère la révision. Un premier avantage résulte de ce fait.

A. — Aucune agitation, du moins là où une élection préalable n'a pas lieu, ne viendra troubler le pays à cet instant critique pour son existence. L'effervescence, que craignaient tant les constituants de 1789, ne pourra jamais prendre des proportions inquiétantes, parce que l'esprit du public ne sera pas mis en éveil, autant qu'il le pourrait être par tout l'apparat et la solennité qui accompagnera la réunion d'une assemblée vraimant constituante.

Les possibilités d'évolution, que laissent entrevoir les travaux de pareilles assises, exaltent les esprits ; des discussions surgissent, des clans se forment, des revendications radicales sont établies et des incidents parfois minimes suffisent à bouleverser l'indépendance et la sagesse de l'assemblée constituante. Lorsque celle-ci n'est plus maîtresse de l'ordre extérieur et qu'elle perd aussi la maîtrise sur ses propres membres, la révolution est devant la porte.

Les membres d'une assemblée toute puissante se trouvent de par eux-mêmes facilement entraînés à pousser leur travail plus loin qu'il n'avait été prévu. Au lieu de ne faire que de simples retouches, on en arrive à remettre en discussion tout l'ensemble de l'édifice constitutionnel ; lorsque ce sont des hommes nouveaux, qui n'ont aucune expérience des

affaires de l'Etat, ils apportent des théories toutes faites, là où seul l'empirisme et l'esprit d'observation devraient être de mise. Ils changent en quelques jours des institutions qui devraient n'évoluer que suivant une prudente lenteur.

Le pouvoir constituant, limité quant à la portée de ses décisions, normalisé puisque confié à l'un des organes ordinaires de l'Etat, se voit en quelque sorte masqué aux yeux du public ; ce qu'il perd en majesté, il le gagne en stabilité. Les hommes politiques, sachant qu'ils pourront réviser la constitution dès qu'ils le voudront, qu'aucun obstacle ne viendra briser et énerver les efforts de réforme, s'en trouvent eux-mêmes tranquillisés. La confiance dans les possibilités d'amélioration de la constitution règne de ce fait, et les défectuosités en sont supportées avec plus de patience jusqu'au moment où la retouche s'impose sérieusement.

B. — Un autre fait intéressant est que dans l'organe législatif les partis politiques forment une constellation à peu près constante, leurs alliances possibles, leurs causes d'opposition sont connues ; on peut escompter les réactions diverses en face d'un problème donné ; il est des plus utiles qu'au moment de la révision, cette constellation ne soit pas modifiée par des élections nouvelles. Si l'œuvre de révision doit être féconde, il faut que l'on puisse savoir à tout instant où l'on va. Les impondérables, les imprévus doivent être réduits au minimum.

C. — Mais il y a un avantage infiniment plus considérable. La révision opérée par l'organe législatif est confiée ipso facto à un personnel parlementaire, qui a pu acquérir à la longue sinon une compétence véritable pour le domaine qui s'offre à son zèle, du moins une certaine habileté et un certain savoir-faire. Les fonctions de représentant sont devenues autant que le permettent les hasards de la réélection, une profession se transmettant parfois de père en fils, et constituant une carrière rétribuée, des plus intéressantes. Le député

a été assimilé non sans quelque apparence de raisons par M. Gaston Jèze à un fonctionnaire. Quelques-uns d'entre eux arrivent à se spécialiser dans une question. Ils constituent un personnel qui connait le mécanisme des administrations publiques ; ils peuvent se rendre compte des remèdes, qu'il faudra réaliser pour prélever l'obstacle s'opposant au bon fonctionnement du régime.

Notons par ailleurs qu'une tendance vers la rationalisation commence à se manifester dans les assemblées parlementaires ; elle est rendue nécessaire par le nombre de questions, que celles-ci doivent régler, surtout depuis la guerre ; il faut souhaiter qu'elle ira en croissant, car il en résulte une amélioration très certaine du travail parlementaire. Cette tendance est caractérisée par une collaboration de plus en plus étroite entre les hommes politiques qui donnent les directives et les techniciens des administrations qui élaborent les règles d'application. Nous avons déjà signalé, que le législateur avait l'habitude de se décharger sur l'exécutif pour fixer un grand nombre de questions par voie de règlement. Il convient d'ajouter à cela, que de nombreux projets, votés par lui, ont été préparés par les grandes administrations, des groupements professionnels à caractère semi-officiel, ou des collèges privés de juristes. Il n'a plus qu'à les ratifier ; c'est ce qu'il fait pour toute loi n'ayant pas d'intérêt politique ou électoral immédiat.

Citons dans le même sens un grand mouvement d'après guerre, se faisant jour dans de nombreux pays, et tendant à consacrer officiellement des pratiques un peu courantes partout, par l'érection à côté de la représentation politique, ou par le remplacement de la deuxième chambre par une assemblée non politique, sorte de conseil technique ayant voix consultative et quelquefois même l'initiative de projets de lois pour les questions sociales et économiques. Cette assemblée groupe les représentants des grandes professions.

Ainsi la constitution de Weimar a établi un conseil économique d'empire. La Roumanie a adjoint un conseil législatif à sa représentation nationale, chargé de lui préparer les projets de loi et de les mettre en forme[107]).

Cette collaboration entre hommes de la technique et de la politique se maintiendra très facilement puisque, siégeant pour remplir la fonction constituante, les parlementaires seront toujours disposés à y faire appel. La constitution autrichienne a été préparée par un professeur de droit public, M. Hans Kelsen ; et l'Allemagne a fait s'asseoir au conseil des ministres un autre théoricien éminent, M. Hugo Preuss, afin de bénéficier de ses services pour l'élaboration de la constitution de Weimar.

D. — Puisque d'autre part l'on a pris soin de rayer des textes constitutionnels toutes les matières qui ont besoin d'évoluer avec plus de rapidité et qui sont réglées par l'organe législatif statuant selon la procédure ordinaire, l'on évite des retouches trop rapprochées, de sorte qu'une plus grande durée dans l'intégralité de son texte, est garantie à la constitution.

E. — Accomplie par l'organe législatif, la révision est devenue une fonction normale. A consulter la pratique des Etats qui depuis longtemps déjà possèdent ce système, il faut convenir que la révision s'est trouvée opérée au moment opportun ; elle a fonctionné comme une soupape de sûreté : elle ne cède pas à la première pression, mais elle s'ouvre avant que la situation ne soit désespérée. La condition de la majorité remplit admirablement ce rôle. La révision ne pourra jamais être l'œuvre d'une majorité de rencontre. Sitôt que l'opinion

---

[107]) cf. DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. I, p. 94, art. 165 de la constitution de Weimar ; t. II, p. 367, art. 76 de la constitution roumaine.

cf. également préface Chavegrin à Delp. et Lafer., op. cit., t. I, p. XXVI et XXVII ; GUETZEVITCH Mirkine, Les nouvelles tendances du droit constitutionnel dans Revue du droit public et des sciences politiques, t. XXXV, 1928, p. 5.

publique commence à s'intéresser à la question, sitôt qu'une idée de révision se précise, prend de l'ampleur et embrasse de larges masses d'électeurs, il est certain qu'au sein de l'organe législatif, cette opinion publique trouve son écho, que là aussi les idées font leur chemin ; et elles finissent par mettre en mouvement cette majorité voulue au moment propice.

Il est non seulement indiqué de rappeler ici les exemples de révision donnés plus haut, mais il nous semble que nous ne pouvons mieux confirmer notre démonstration qu'en citant l'exemple des deux révisions autrichienne et polonaise survenues peu de temps après le premier établissement de la constitution, celles-ci n'ayant pas encore pu obtenir leur consécration par la durée. Elles se firent néanmoins dans le calme voulu et consommèrent l'évolution des deux Etats vers un renforcement de l'autorité, gage d'une meilleure stabilité.

La constitution autrichienne de 1920 avait décidé que les articles 10 à 15, relatifs à la répartition des compétences entre la fédération et les pays, n'entreraient en vigueur qu'après le vote des trois lois constitutionnelles sur la liquidation financière entre la fédération et les pays, sur leur domaine d'action respectif en matière scolaire, et sur l'organisation de l'administration générale d'Etat dans les pays[108]).

Des difficultés cependant surgirent qui empêchèrent le vote des deux dernières lois. L'on se décida alors à mettre ces articles définitivement en vigueur : ce qui fut fait par deux lois constitutionnelles du 30 juillet 1925. Instruit par l'expérience des années écoulées, on en profita pour modifier les règles de compétence en faveur des autorités centrales, on réalisa la suppression de la dualité d'administration ; le législateur fédéral reçut la compétence d'édicter des règles d'incompatibilité. D'autres mesures encore furent prises. Ce qui nous intéresse ici, c'est d'avoir constaté, que la révision ainsi faite a confirmé pleinement la nouvelle notion de la distinction.

---

[108]) cf. DELPECH et LAFERRIERE, op. cit., t. I, p. 285.

L'exemple polonais est encore plus probant si possible. La révision eut lieu le 2 août 1926. Il s'agissait de porter remède à la crise d'autorité qui sévissait en Pologne par suite de l'incapacité du parlement d'unir les partis sur un programme stable et ferme. Une direction suivie semblait être au-dessus des forces des hommes politiques polonais[109]).

Il n'y avait dès lors qu'un moyen, c'était de donner plus d'autorité au gouvernement, afin qu'il puisse venir à bout des velléités contradictoires du parlement, et suppléer à sa carence. Le président de la république reçut le droit de dissoudre la diète et le sénat de sa propre autorité ; il reçut le droit de rendre des ordonnances ayant force de loi dans certains cas ; le gouvernement reçut le droit de mettre en vigueur le projet de budget, si la diète ne l'avait pas voté avant la fin de l'année, au cours de sa session ordinaire. D'autres mesures sont encore en voie de discussion, en vue de remédier aux inconvénients du régime parlementaire : il s'agit toujours de renforcer l'exécutif sans toutefois limiter les droits du parlement.

B. — **L'aspect juridique**

La nouvelle conception est une étape dans l'évolution vers l'état de droit. M. Hauriou a écrit ce mot très juste, que le droit tend du discontinu vers le continu. La nécessité et la vérité de cet axiome se manifestent, on ne peut mieux dans notre domaine ; car il est d'instinct lié à la question de la continuité de l'ordre politique. Nous n'entendons point parler de fixité ; non, continuité signifie que l'évolution sociale et économique d'une nation donnée se trouve toujours suivie d'assez

---

[109]) Il faut dire aussi que la main de fer du maréchal Pilsudsky contribua beaucoup à mettre les choses au point.

cf. sur la question : PERETIATKOWICZ Antoine, La révision de la constitution de Pologne. Revue du droit public et des sciences politiques 1927, t. XLIV, et Jahrbuch des öff. Rechts, t. XII, nouvelle suite, 1927.

cf. TADEUSZ HOLOWSKO, La réforme de la constitution, Varsovie 1926.

cf. Notice hist. dans Delpech et Lafer., op. cit., t. II, p. 269.

près par l'évolution des cadres juridiques pour ne pas créer de déséquilibre, pour ne pas produire de rupture entre les deux. Car la fonction du droit c'est de donner des cadres à la vie sociale, c'est de canaliser, de guider son évolution par des règles tracées d'avance. Le droit ne peut, d'ailleurs, saisir que l'évolution déjà commencée ; les cadres qu'il trace doivent être suffisamment lâches pour ne pas gêner l'évolution des mœurs, mais ils doivent surtout pouvoir évoluer avec souplesse et rapidité, afin que le retard inévitable ne soit pas une cause de troubles.

La réglementation de la révision des lois constitutionnelles doit précisément permettre d'acheminer l'évolution selon des règles concertées d'avance ; l'on ne peut prévoir le sens de l'évolution ; mais on peut et on doit poser des règles juridiques, qui le moment venu, permettront d'enregistrer dans le calme l'évolution intervenue et de la codifier avec profit pour la société. Les hommes de la révolution ont déjà obéi à cette obligation du droit. Le droit est l'antithèse de la force brutale ; il est pour la juste moyenne ; le droit est la science des normes, il est une science utile, conservatrice de l'ordre.

La nouvelle conception se rapproche plus de cet idéal du droit, parce qu'elle le réalise plus pleinement. Elle masque la majesté du pouvoir constituant aux yeux des esprits aventureux, elle l'abaisse, elle en fait une fonction familière et normale de l'Etat. Elle réalise aussi cet idéal, parce qu'elle soumet la puissance la plus haute dans l'Etat à une mesure restrictive. Le pouvoir constituant ne pourra se manifester qu'en suivant des règles définies, il se soumettra à certaines formalités qui lui permettront à lui, comme aux autres pouvoirs, d'affirmer sa valeur sociale au profit de la communauté politique.

§ 2me : Les critiques

Parmi les critiques, il y en a qui sont d'ordre doctrinal, mais qui ne sont point décisives ; celles qui doivent éveiller

notre attention sont d'ordre pratique, et ne manquent pas d'un certain poids. Cela se comprend aisément, puisque notre concept moderne est un concept d'ordre expérimental.

A. — Les critiques d'ordre doctrinal

A. — Une critique assez sérieuse peut être faite du chef de la doctrine de la séparation des pouvoirs[110]), critique que nous devons admettre, puisque notre droit moderne a adopté ce principe. Nous distinguons une fonction législative ordinaire et une fonction législative constituante ; il semblerait, que cette différenciation procédurale devrait être poussée jusqu'à une différenciation par organe. C'est une véritable confusion des pouvoirs, que de remettre aux mains de l'organe législatif la fonction constituante. Ainsi auraient du moins raisonné les Constituants de 1789.

A vrai dire, cette incorrection n'est pas si grande. La doctrine de la séparation des pouvoirs doit être conçue essentiellement comme une méthode de travail. Les fonctions diverses, qui doivent être assumées par le corps politique, retrouvent leur unité dans la puissance de domination de l'Etat, dont elles sont la mise en œuvre. Pratiquement son pouvoir nous apparait divisé, mais aucune théorie, si ingénieuse fut-elle, ne peut établir avec une rigueur convaincante le nombre et la variété des pouvoirs — des organes —, entre lesquels doivent se partager les diverses fonctions de l'Etat. Cette séparation peut être plus ou moins poussée ; cela est affaire d'opportunité. Mais il est de toute façon certain, qu'il ne pourra jamais y avoir un fossé abrupt entre les divers organes ; ils collaborent ensemble, de sorte qu'aucun d'entre eux n'absorbe la totalité d'une fonction, et que chacun participe dans une certaine mesure à plusieurs fonctions. Dans notre cas particulier les fonctions législative et constituante

---

110) ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 7e édition, t. I, chap. III. La séparation des pouvoirs, p. 457.

sont en vertu du concept actuel de la loi, en relation très intime l'une avec l'autre. Un seul organe pourra s'en charger. Il suffira, qu'il opère une démarcation très nette entre les moments, où il s'occupe de l'une ou l'autre.

Les deux fonctions sont détenues par un même organe, mais elles ne s'y confondent point ; elles ne sont pas accomplies par lui simultanément, mais alternativement, elles se succèdent, et lorsqu'il se trouve dans les conditions voulues pour en exercer une, il ne peut exercer l'autre. Nous avons déjà essayé de décomposer l'organe législatif en deux assemblées grâce aux majorités différentes exigées pour les deux lois ; en effet, cette condition de procédure établit une différenciation très efficace, qui empêche la confusion.

B. — La remise de la fonction constituante entre les mains de l'organe législatif ne peut non plus être mise en échec par l'égalité qui doit règner entre les pouvoirs séparés. Celle-ci est pratiquement impossible. Quelque soit la solution imaginée pour établir un système de contrepoids réciproques[111]), il faut un organe de direction, qui puisse trancher les débats et imposer sa volonté. Dans nos Etats qui admettent le principe de la souveraineté nationale, c'est l'organe législatif qui joue ce rôle ; il assume la continuité de la direction en temps ordinaire, en donnant les solutions des litiges qui peuvent surgir entre lui et l'organe exécutif ; or, il peut arriver que ce litige soit l'effet d'une déficience de l'organisation constitutionnelle, pourquoi l'organe législatif ne serait-il plus à même de mettre un terme à la discussion en révisant la constitution ? C'est précisément dans cette compétence, que s'affirme la suprématie de l'organe législatif. Elle est la conséquence

---

[111]) La constitution de Weimar présente un curieux système de balancement et d'équilibre des pouvoirs réalisé entre le Reichstag et le président du Reich, à tel point qu'on y retrouve aussi bien les amorces au gouvernement parlementaire, voire même conventionnel qu'au gouvernement présidentiel. cf. SCHMITT, Verfassungslehre, p. 342.

logique du fait, que lui seul est qualifié pour parler au nom de la nation.

Sous la révolution la doctrine avait admis que l'organe législatif ne pouvait décider de sa propre compétence ; elle devait être établie par un pouvoir supérieur, le pouvoir constituant. Or cela ne semble point faire de difficulté, car l'organe législatif, lorsqu'il accomplit la fonction constituante, se trouve investi de par la constitution de cette compétence supérieure. Mais agissant en qualité de législateur ordinaire, c'est-à-dire agissant à la majorité ordinaire, il ne peut passer outre aux règles de compétence qu'il s'est tracé en tant qu'organe constituant, et il ne peut surtout prétendre modifier par la voie de la législation ordinaire, ce qui requiert une procédure plus compliquée ; son œuvre serait entachée de nullité. L'organe législatif dans l'accomplissement de la fonction constituante sera même amené à rétrécir le domaine de son action en tant qu'organe législatif, car il ne saurait résister à la pression de l'opinion publique. Dans les Etats qui admettent le peuple à la législation, ce dernier pourra limiter efficacement la compétence de l'organe législatif représentatif. Nous croyons pouvoir dire, en nous appuyant tant sur l'esprit plutôt conservateur du référendum, que sur le besoin que ressent tout peuple de se décharger à certains moments sur un seul, de la conduite de ses affaires, qu'il limitera lui-même son pouvoir de législateur au moment voulu. A tout le moins, le laissera-t-il sommeiller.

B. — Maniement incorrect

Le grand danger de ce concept réside dans un maniement incorrect de la législation constitutionnelle. Non point, qu'il soit à craindre, que le législateur veuille de propos délibéré modifier la constitution par une loi ordinaire — encore que cela soit possible —, mais il est une autre hypothèse bien plus plausible : le législateur, par inadvertance, ou en cas de doute mal éclairci, résout une question ressortant à la législation

constitutionnelle par la voie de la législation ordinaire. Même en admettant que cette loi réunisse en fait le nombre de voix nécessaires pour les modifications constitutionnelles, peut-elle abroger une disposition constitutionnelle par ce procédé oblique, qui laisse subsister intact le texte constitutionnel en question ?

Ce litige a fait l'objet de débats passionnés en Allemagne, parce que c'est précisément dans ce pays que cette pratique s'est révélée avec le plus d'envergure.

Déjà sous la constitution impériale de 1871 il était très courant de voter des lois contenant des modifications implicites à la constitution, sans que celles-ci ait été révisée dans son texte ; on se contentait de constater qu'au conseil fédéral l'opposition n'avait pas réuni les 14 voix requises pour y faire échec.

Encore à l'heure actuelle on opère ainsi. Selon le témoignage de M. Walter Simons[112]), président de la cour d'empire à Leipzig, la constitution allemande a subi en dix années plus de modifications que la constitution américaine dans sa longue existence, exception faite des amendements des vingt premières années. Il cite le cas suivant très typique pour ce procédé incorrect, qui se passa en 1921 ; il s'agissait alors de réviser l'article 61 de la constitution, relatif à la représentation des Etats au Conseil d'empire, donc une question capitale, puisqu'elle intéressait le principe fédéral. La loi du 24 mars 1921, qui devait accorder aux grands pays une représentation plus forte, fut adoptée par le Reichstag avec le seul souci, qu'elle ait réuni la majorité absolue. Plus tard on eut des doutes sur la question de savoir, si l'on avait réuni effectivement la majorité qualifiée ; et comme la constatation officielle en faisait défaut, l'on dut voter une seconde fois sur le projet.

M. Walter Simons conclut en disant, qu'il serait souhaitable, que le Reichstag, avant de voter une loi, l'examinât sous

---

[112]) SIMONS Walter, Reichsverfassung und Rechtsprechung dans Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft, t. LXXXI, 1926, p. 396.

le rapport de l'influence, qu'elle peut avoir sur les textes de la constitution, et que l'on devrait même spécifier les articles constitutionnels, qui se trouvent modifiés par la loi nouvelle.

Ce scrupule de correction n'a cependant pas été partagé par l'un des plus grands maîtres du droit allemand, M. Laband[113]). Il est très piquant de l'entendre développer son raisonnement, qui est des plus subtils ; il a été fait pour la constitution de 1871, mais il vaut également pour la situation actuelle. La constitution ne spécifie pas que les modifications de ses prescriptions ne peuvent avoir lieu que directement par une modification de son texte, et non pas indirectement par une loi spéciale ; la seule condition est que l'opposition de 14 voix suffit au conseil fédéral pour faire tomber la loi. Aujourd'hui il faudrait dire l'opposition de plus d'un tiers des votants du Reichstag. L'on ne comprend donc pas, pourquoi il faudrait entreprendre deux fois la procédure législative, une première fois pour mettre le texte constitutionnel en harmonie avec les mesures projetées, une seconde fois pour édicter les prescriptions nouvelles. Chaque loi, qui est rendue dans les formes constitutionnelles, répond au caractère de constitutionnalité ; les principes matériellement contenus dans la constitution peuvent être — les textes le disent expressément — modifiés selon les voies de la législation ordinaire. Une loi spéciale ordinaire pourrait donc valablement déroger à la loi constitutionnelle antérieure. Cet avis est aussi partagé par Bischof, Jellinek et d'autres encore.

MM. Rönne et Westerkamp[114]) ont répondu à cette argumentation avec beaucoup de justesse, que les lois doivent être

---

[113]) LABAND Paul, Deutsches Staatsrecht, 5e éd., t. II, p. 39.

[114]) cités par SPIER Siegfried, Das Problem der Verfassungsänderung, p. 51.

RÖNNE s'appuie essentiellement sur la nature de la constitution, alors que Westercamp base son raisonnement plus particulièrement sur la caractère fédéral de la constitution : nécessite de maintenir son intégrité dans la mesure, où elle a été établie par les Etats confédérés.

cf. RÖNNE, Deutsches Staatsrecht II, p. 32. WESTERCAMP, Ueber die Reichsverfassung, p. 132 et s.

aussi conformes à la constitution du point de vue matériel ; car il ne faut pas seulement respecter les dispositions de l'article 78 alinéa 1er, mais aussi celles de l'alinéa 2. Suivant cet alinéa le pouvoir législatif doit être exercé d'après le contenu de la constitution, en sorte que chaque loi d'après son contenu doit être en accord avec les prescriptions de la constitution. C'est là une question d'ordre et de compétence, n'est-ce pas là une des fonctions primordiales du droit ? Sous le régime actuel, leur argumentation se baserait sur les articles 76 et 70.

M. Burckhart[115]), auteur de droit constitutionnel suisse, admet que les lois ordinaires ainsi votées acquièrent force obligatoire, mais qu'elles n'en consacrent pas moins une violation de la constitution.

Demandons enfin son avis à M. Hugo Preuss[116], qui est le père spirituel de la constitution de Weimar. Il a traité cette question, entre autres, dans un exposé qu'il fit à l'assemblée générale des juristes allemands de 1924. Pour commencer, il s'élève violemment contre l'affirmation tendant à dire que le droit allemand ne connaît aucune différence entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. De ce qu'il n'y a pas d'organe spécial, mais uniquement une différenciation procédurale, il ne résulte pas que la notion du pouvoir constituant soit inconnue en Allemagne. Puis venant à notre sujet il dit en substance ceci :

L'inconvénient des pratiques sus-visées fut moindre avant 1914, puisqu'alors la constitution n'était qu'une partie secondaire à côté des pouvoirs héréditaires ; les déformations n'avaient de loin pas l'influence néfaste qu'elles ont maintenant, où toutes les autorités de l'empire tirent leur raison d'être uniquement de la constitution. Du point de vue pratique l'on arrive à ce résultat, que pour connaître la véri-

---

[115]) BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, l'Introduction, ainsi que p. 811 et s.

[116]) PREUSS Hugo, Verfassungsändernde Gesetze und Verfassungsurkunde, Deutsche Juristenzeitung 1924, 29e année, p. 649 et s.

table situation en droit public, on est obligé de connaître non seulement les textes de la constitution, mais aussi l'ensemble des lois qui ont été édictées depuis.

De plus, modifier la constitution par une loi spéciale, — encore qu'elle réunisse la majorité des *2/3* requise — sans abroger ou modifier expressément le texte de la constitution, équivaudrait pour lui à une mesure dictatoriale consistant à suspendre la constitution. mesure telle que seul le président d'empire en a le droit, dans les cas de l'article 48.

N'étant pas expressément abrogé, le texte constitutionnel conserve toute sa vigueur, et les mesures édictées par la loi spéciale apparaissent fatalement comme étant entachées d'inconstitutionnalité. Pratiquement cependant, il n'y a pas de recours, et ces lois, juridiquement inconstitutionnelles, sont obligatoires. Il n'y a qu'une façon correcte de modifier la constitution, c'est d'opérer la révision sur le texte-même ; il faut, chaque fois qu'on prend une mesure, dont le caractère juridique est douteux, l'examiner sous le rapport de ses effets sur la constitution et spécifier ensuite, soit que la loi entière est constitutionnelle, soit que telle prescription contenue dans une loi ordinaire a ce caractère, et qu'elle porte révision de tels articles et parties de la constitution nommément désignés.

C'est là le système rendu obligatoire par les constitutions tchécoslovaque et autrichienne[117]). S'il est correctement pratiqué, il donnera à l'œuvre législative et constitutionnelle de l'organe législatif toute la clarté, toute la précision voulue en en écartant les incertitudes et les ambiguités.

Obliger l'organe législatif à siéger sous une dénomination spéciale telle qu'assemblée nationale ou constituante, lorsqu'il veut procéder à la révision — certains auteurs allemands l'ont demandé — nous semble être une précaution inutile.

* * *

---

[117]) Constitution tchécoslovaque, art. 1er al. 2 de la loi d'introduction. Delpech et Lafer., op. cit., t. II, p. 819.
Constitution autrichienne, art. 44. Delpech et Lafer., op. cit., t. I, p. 308.

Cette critique, qui ne vise nullement l'opportunité des mesures prises, nous fait entrevoir une imperfection de cette distinction, imperfection qui n'est pas d'ordre absolu. Mais l'organe législatif, maître de la révision, peut volontairement peut-être, de façon involontaire certainement, méconnaître cette distinction et voter par la voie de la procédure ordinaire des modifications implicites à la constitution. Le respect de la distinction se trouve confié à la bonne foi et à la vigilance de l'organe législatif. Est-ce une sauvegarde suffisante et n'y a-t-il pas lieu de compléter la valeur effective de la distinction par d'autres garanties juridiques ?

Section troisième :

Le contrôle de la distinction

La perfection de la distinction implique comme corollaire nécessaire de la différenciation procédurale, l'institution du contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge.

Défendre au juge ou à une autre autorité de s'enquérir, si la loi, qui lui est soumise, est conforme aux prescriptions de la constitution, si elle a été votée dans les formes régulières établies pour elle, si dans ses prescriptions elle ne contrevient pas à un ordre formel de la constitution, et d'en tirer la conclusion, en frappant de nullité cette loi malvenue, en refusant tout au moins de l'appliquer au cas d'espèce, c'est accepter, qu'une loi ordinaire, théoriquement nulle, sera pratiquement valable, qu'elle abrogera en fait les prescriptions constitutionnelles par voie de législation ordinaire, sans que l'on puisse l'en empêcher. Le législateur sera donc amené à voir dans les textes qui organisent des procédures législatives et constitutionnelles distinctes une simple invitation à suivre, quand il modifiera les prescriptions constitutionnelles, la procédure de la révision, non pas à l'exclusion, mais plutôt de préférence à la procédure législative.

En l'absence de sanctions efficaces le législateur se trouvera devant une obligation alternative ou simplement facultative. Les prescriptions constitutionnelles se trouvent démunies de la force supérieure, dont on avait voulu les entourer.

Parmi les constitutions qui consacrent pareil état de choses, nous citerons celles de la Suisse[118]) et de la Pologne[119]) ; ces deux pays défendent à leurs tribunaux la vérification des lois dûment promulguées. Seule reste possible la vérification de la régularité de la publication.

La même insécurité règne dans les Etats qui confient le soin de la vérification de la constitutionnalité des lois à l'organe même qui est chargé de les émettre. Ainsi en dispose cependant la constitution bulgare[120]).

§ 1er : Historique du contrôle.

A. — L'idée du contrôle de la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires n'est point récente ; déjà dans l'antiquité, l'on a eu soin d'assurer la régularité des fonctions de l'Etat. Sa réalisation cependant à le plus souvent été conçue comme une attribution d'ordre politique.

Sparte possédait ses Ephores ; à Rome le sénat, en refusant de sanctionner les décisions des comices par son auctoritas patrum, pouvait éviter ainsi la violation des constitutions romaines et des engagements internationaux[121]).

---

[118]) art. 113, al. 3 in fine.

[119]) art. 81: « Les tribunaux n'ont pas qualité pour discuter la validité des lois dûment promulguées ». Cet article est d'ailleurs en parfaite contradiction avec l'art. 38, suivant lequel « aucune loi ne peut être contraire à la constitution ni porter atteinte à ses dispositions ». Les juges se voient en dépit de cet art. 38 obligés d'appliquer les lois inconstitutionnelles.

[120]) Art. 49: « Seule l'assemblée nationale a qualité pour décider si dans l'élaboration d'une loi ont été observées toutes les conditions prévues par la présente constitution. »

[121]) MOMMSEN, Römisches Staatsrecht III, p. 1041.

Plus près de nous les parlements français surent donner au droit d'enregistrement qui leur appartenait — et cela en profitant de la tolérance royale — un développement considérable. Ils ont étendu le droit de vérification et de refus d'application, qui leur avait été concédé par des ordonnances royales du début du 14me siècle en ce qui concerne les ordres spéciaux et les lettres de grâces contraires au devoir de leur charge, également aux lois, et ils en sont venus à refuser l'enregistrement des ordonnances, lorsqu'elles étaient contraires aux lois du royaume et à la justice ; par cela elles devenaient inapplicables dans leur ressort.

Leur droit était établi dès le 15me siècle.

Ce pouvoir d'ordre politique se rattachait d'ailleurs au pouvoir de conseil détenu par les officiers et magistrats de l'ancienne monarchie. Lorsque leur concours était requis pour la perfection d'un acte royal, qu'ils jugeaient contraire à la justice et à l'utilité publique, ils devaient refuser leur collaboration, et persister dans leur refus, tant qu'il n'était pas certain, que le roi imposait une volonté éclairée et définitive[122]).

Ce pouvoir n'a cependant jamais été complètement reconnu, et les rois des 17me et 18me siècle en particulier ont largement usé des lettres de jussion et des lits de justice pour annihiler les effets d'un pareil contrôle.

Dans le Saint Empire Germanique, les empereurs étaient liés par les capitulations, qu'ils avaient dû signer avant leur élection : suivant celles-ci la loi de l'empereur, qui n'aurait pas été soumise au « jus suffragii » des princes électeurs, princes et Etats de l'empire, devait être cassée et annulée[123]).

Cet ordre ne constituait qu'une obligation pour l'empereur de rapporter la loi inconstitutionnelle ; faute de quoi elle restait obligatoire pour les tribunaux de l'empire, qui ne pouvaient vérifier que le fait de savoir, si la loi leur avait été

---

[122]) ESMEIN, Cours élémentaire d'histoire du droit français, 14e édition, p. 507 à 512.

[123]) ADAMOVICH Ludwig, Die Prüfung der Gesetze, p. 2.

communiquée dans les formes légales (legaliter insinuiert). Ils n'étaient non plus tenus d'obéir à des injonctions particulières contraires aux capitulations et aux lois de l'empire dûment confirmées.

B. — La question du contrôle a été vivement aperçue par les hommes de la révolution. A plusieurs reprises l'on a demandé que l'on organisât une procédure en vue de faire respecter efficacement la constitution par le législateur ordinaire. Aucune suite ne fut donnée à ces interventions[124]). Sieyès lui-même avait présenté un projet de jurie constitutionnaire, corps électif, à caractère politique, ayant qualité pour vérifier la constitutionnalité des lois émises par la législature[125]). Son projet ne devait aboutir que bien plus tard sous la forme du sénat conservateur du 1er empire d'abord, et du 2me empire ensuite[126]). Cette nécessité avait aussi été reconnue par quelques rares tribunaux, mais leur velléité d'indépendance fut vite réprimée par la cour de cassation[127]). C'est qu'en effet, la révolution n'est pas arrivée à se libérer d'une certaine méfiance contre le pouvoir judiciaire. Celui-ci portait tout le discrédit qui pesait sur les anciens parlements. Si on en avait applaudi autrefois les luttes insolentes contre le pouvoir royal, on n'en avait pas moins retenu leur attitude hostile à l'égard des réformes nécessaires tentées par le gouvernement. L'on organisa donc leur compétence de façon, à ce qu'ils ne puissent plus troubler la marche des affaires publiques. On élabora une conception étroite de la fonction judiciaire qui réduisait le travail des juges à une

---

[124]) Arch. parl., 1re série, t. III, séance du 8 août 1791 et les interventions de Robespierre à la convention le 10 mai 1793. Réimpression de l'ancien Moniteur, t. XVI, p. 464 et s.

[125]) Projet présenté le 2 thermidor an III à la convention. Réimpression de l'ancien Moniteur, t. XXV, p. 293, 295.

[126]) Constitution de l'an VIII, art. 21 et constitution du 14 janvier 1852, art. 25 et 26. cf. DUGUIT et MONNIER, op. cit., p. 121 et p. 277.

[127]) BLONDEL André, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, p. 168 et s.

simple application syllogistique des lois civiles ; il ne leur appartenait plus de connaître des actes de l'administration et encore moins de ceux de la législature. La cour de cassation était placée sous la tutelle directe du parlement, qui se réservait par le procédé du référé l'interprétation de toute loi obscure.

Le contrôle par l'autorité judiciaire était exclu. Le contrôle par la voie de l'autorité politique semblait inutile, parce que, selon l'opinion de l'époque, le principe de la séparation des pouvoirs garantissait automatiquement, en quelque sorte, l'accomplissement régulier de leurs fonctions par les organes d'Etat. Il devait même être repoussé, parce que la conception alors règnante de la loi n'admettait point, qu'elle fut soumise à une vérification ; car on la considérait comme étant nécessairement bonne. L'on n'aurait pu concevoir, comment la loi, « expression de la volonté générale », aurait pu jamais être prise en défaut. Sieyès n'avait-il pas écrit : « La volonté de la nation est toujours légale ; elle est la loi elle-même. » Lorsque l'idée du contrôle reparut sous l'empire, l'autorité judiciaire était encore trop faible pour assumer cette tâche. Ce fut un corps politique, le sénat conservateur, qui devait assumer cette mission. Mais cette expérience, semble-t-il, a fait condamner pour toujours cette solution. En effet, une autorité politique ne saura jamais se départir entièrement du point de vue de l'opportunité ; placée auprès des autorités centrales, elle sera tentée de se servir du contrôle pour faire prévaloir la raison d'Etat. Les deux sénats conservateurs du 1er et du 2^{me} empire se sont faits les serviteurs dociles du gouvernement, non point pour faire respecter la constitution, mais pour la modifier selon son gré.

C. — Il faut se retourner vers les Etats-Unis d'Amérique pour rencontrer formulé et mis en pratique un contrôle vraiment efficace de la distinction par l'autorité judiciaire. C'est le chief-justice Marschal, qui en exprima la première fois le droit

dans une sentence qu'il rendait en 1803[128]). Pour lui le contrôle était une sanction inéluctable de la supériorité des lois constitutionnelles sur les lois ordinaires. Aux particuliers de soulever l'exception chaque fois qu'ils se trouvaient lésés par l'application d'une loi ; et le tribunal vérifierait sa validité au regard de la constitution, et surtout aussi au regard de la coutume, dont le judiciaire était le garant et l'interprète officiel.

Tout d'abord il ne s'agissait que de délimiter la compétence entre législation des Etats et législation fédérale. Puis le contrôle a servi à refuser l'application des lois inconstitutionnelles des divers Etats ; enfin la cour suprême s'enhardit à vérifier la conformité des lois et des actes fédéraux eux-mêmes à l'égard de la constitution fédérale. Aucune loi incriminée ne se trouvait annulée, mais l'autorité de la chose jugée, attachée au refus d'application, créait un précédent, presque toujours suivi. Grâce à leur pouvoir d'équité, les cours américaines eurent la possibilité d'adresser aux particuliers et aux administrations des injonctions, leur interdisant d'appliquer les lois jugées inconstitutionnelles. De sorte que ces lois ainsi frappées perdaient pratiquement leur force obligatoire.

Les tribunaux américains sont arrivés à exercer une véritable tutelle sur la législation, en éliminant tout ce qui leur paraissait incompatible avec les droits et libertés individuels des citoyens, tels que les avaient conçus le 18[me] siècle. Poussant leurs investigations jusqu'à juger du caractère raisonnable et de l'opportunité des lois, leur pouvoir était tel, à l'aube du 20[me] siècle, qu'ils étaient parvenus à paralyser la

---

[128]) Arrêt Marbury v. Madison, février 1803. Reports of décisions in Suprème court, t. I, p. 369 et 391 ; BLONDEL, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, p. 35 ; LAMBERT Jacques, Les origines du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis (Marbury v. Madison) dans Revue du droit public et des sciences politiques, t. XXXVIII, 1931. THAYER, The origine and the scope of the American doctrine of constitutionnel Law 1893. 7 Harward Law Rewiew, p. 129.

législation sociale aux Etats-Unis, et que M. Edouard Lambert n'a pas craint de parler d'un véritable gouvernement des juges[129]). Il est de fait, qu'une loi ne peut être considérée comme valable aux Etats-Unis, qu'autant qu'elle a été appliquée par les tribunaux[130]). Encore ne le sont-elles pas toujours dans leur sens original. Les tribunaux américains, grâce au procédé de la « construction », qui implique une liberté d'interprétation des plus grandes, ont vidé mainte loi de son sens, pour lui en substituer un autre, qu'ils estimaient être plus conforme à l'esprit individualiste de la constitution américaine. C'est alors un statut reçu « à correction ». Tout cela n'a pas été sans susciter un grand mouvement de colère et de réaction parmi les justiciables américains. Les cours américaines n'ont pas craint d'étendre toutefois leur pouvoir jusqu'à la vérification de la conformité des amendements à la constitution avec l'esprit premier de cette dernière. Sur le terrain économique cependant, faut-il avouer, une conception plus sociale s'est fait jour parmi les juges américains.

Quatre traits caractérisent aujourd'hui[131]) la pratique américaine.

Il est rare que la déclaration d'inconstitutionnalité puisse être basée sur un texte formel où sur un texte qui puisse être invoqué autrement que par suite d'un travail délicat de déduction logique.

Les clauses « d'égale protection des lois » et de « due process of law » — illégitimité de la procédure organisée par le statut — servent de base à toutes les réclamations.

---

[129]) LAMBERT Edouard, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis 1921. Tous les renseignements donnés ici de façon succincte sont puisés dans cette étude.

[130]) De fait, les recueils des lois américaines ne mentionnent que les lois, qui ont été reçues par les tribunaux ; dans les Universités on étudie le droit non pas sur la législation, mais sur les cas de jurisprudence.

[131]) LAMBERT Edouard, Quatres années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois ; dans Mélanges Hauriou, 1929, p. 476.

Les particuliers peuvent demander aux autorités judiciaires en vertu de leur droit d'équité de lancer une ordonnance adressée aux agents du pouvoir exécutif pour leur défendre d'appliquer une loi jugée inconstitutionnelle.

La notion anglo-américaine de l'autorité du cas jugé fait du point de droit tranché après débat par la cour fédérale un règlement final de la question de droit posée qui, quand il s'agit d'un arrêt constitutionnel, a plus d'autorité que nos arrêts de règlements des anciens parlements, qu'une ordonnance royale pouvait abroger, tandis que ces règlements font la loi aux législatures. La cour suprême se trouve elle-même liée par le précédent.

§ 2me : La justification actuelle du contrôle

L'exemple américain a sans conteste exercé une influence sur notre vieux continent. Mais les idées furent assez lentes à se dégager ; et ce n'est que dans la seconde moitié du 19me siècle que vraiment le contrôle a pris une place importante dans les préoccupations de nos législateurs et jurisconsultes. L'effacement progressif de la conception politique, l'avènement d'une conception plus juridique de l'Etat lui ont préparé les voies.

Si chez nous en Europe, il n'y a plus comme aux Etats-Unis une différence d'origine transcendantale entre la constitution et la loi, cette première a cependant dans nos esprits et dans la volonté du législateur une supériorité incontestable, qui réside essentiellement dans la garantie des principes qu'elle doit assurer et qui se trouve, autant qu'il se peut faire, réalisée par la procédure restrictive exigée pour elle. Le contrôle est le complément nécessaire de cette distinction. C'est le juge qui en est l'attributaire normal.

A. — Cette institution est loin d'être originale. Nous la trouvons déjà établie sur d'autres terrains. Le contrôle de la légalité des règlements est unanimement admis en Europe.

Il est une suite logique de l'infériorité des prescriptions émises par les diverses autorités de l'organe exécutif par rapport aux prescriptions de l'organe législatif et de leur soumission à celles-ci. Un règlement ne peut abroger une loi. C'est le règlement ou l'arrêté illégal qui se trouve frappé de caducité. Le soin de statuer sur cette question revient aux tribunaux qui ont qualité pour connaître des affaires, où un acte d'administration est engagé.

B. — Le contrôle est réalisé, en outre, dans les Etats fédéraux. Un partage de compétence s'effectue entre les autorités centrales et celles des Etats membres. La bonne harmonie de l'Etat fédéral requiert que cette distribution soit rigoureusement observée. Un contrôle s'établit forcément et assez facilement, puisque le conflit n'intervient pas entre une loi faite contrairement à la constitution par un même organe législatif, mais entre deux lois faites par les organes législatifs de deux Etats dont l'un est le supérieur de l'autre. En Amérique, c'est par cette voie que le contrôle s'est introduit ; le contrôle fédéral existait bien longtemps avant que les cours d'Etats n'eussent acquis le droit de vérifier la constitutionnalité des lois de leurs Etats par rapport à leurs constitutions particulières.

En Allemagne, on se basait communément sur l'article 2 de la constitution de 1871 pour dire que les tribunaux auraient le droit de vérifier la conformité des lois et des constitutions des Etats particuliers avec la constitution de l'empire et de les traiter pour nulles dans le cas d'espèce soumis à eux. Encore aujourd'hui l'adage : « Le droit d'empire prime le droit des pays » est consacré par la nouvelle constitution. Ce contrôle est remis à un tribunal spécial[132]). Chaque fois qu'une

---

[132]) Art. 13, al. 2, complété par la loi d'empire du 8 avril 1920, attribue cette compétence au tribunal d'empire. cf. aussi la loi du 21 décembre 1920 sur la règlementation uniforme du traitement des fonctionnaires, attribuant compétence au tribunal administratif d'empire ; loi sur le compromis financier du 23 juin 1923 attribuant compétence à la commission des finances de l'empire.

autorité aura des doutes ou qu'elle sera en discussion avec une autre sur la question de la conformité, elle pourra s'adresser au tribunal pour obtenir un jugement qui aura force de loi.

En Suisse, autre Etat fédéral, l'article 113[133]), qui exclut par ailleurs le contrôle de la constitutionnalité des lois, défend aux tribunaux cantonaux d'appliquer les lois cantonales contraires à la constitution fédérale. Si cela a néanmoins lieu, l'appel est possible auprès du tribunal fédéral. Celui-ci peut connaître de la conformité des lois et même des constitutions cantonales avec la constitution fédérale et les annuler, lorsqu'elles sont en contradiction avec l'article 6 de la constitution. Le tribunal en connaît par voie d'action à la suite d'un recours contre une décision des autorités cantonales, loi y comprise.

C. — Pareille solution doit aussi être admise en faveur du juge en ce qui concerne les rapports de la loi ordinaire avec la loi constitutionnelle.

Voici par ailleurs comment se présente l'argumentation sur laquelle s'édifie le droit et le devoir du juge de vérifier la constitutionnalité des lois[134]). La compétence du juge résulte de trois faits :

---

[133]) Voyez les explications et commentaires donnés par M. Fritz Fleiner dans Schweizerisches Bundesstaatsrecht, p. 44 et s. ; 115, 275 et s., 416 et s.

HIS Ed., Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts, t. I, Bâle 1921.

SOLYOM, La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse, thèse. Genève 1921.

Une campagne politique est amorcée en Suisse pour amener un référendum sur le contrôle.

[134]) Cette argumentation est tirée de la consultation donnée par MM. Berthélémy et Jèze dans l'affaire des tramways de Bucarest. Revue du droit public et des sciences politiques, t. XIX, année 1912, p. 138 et s., p. 365 et s.

Nous donnons ici à titre documentaire les raisonnements faits par M. Hans Kelsen pour justifier le contrôle de la constitutionnalité des lois. Son argumentation repose étroitement sur sa conception particulière de la hiérarchie des règles juridiques (Stufen-

1° L'existence de constitutions rigides, d'où il résulte une différence formelle entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Les premières étant assorties d'une force formelle supérieure, s'imposent aux lois ordinaires. La notion moderne de constitution implique que ses principes soient assortis de l'immutabilité, qui s'oppose à la mutabilité des lois ordinaires. A leur immutabilité plus grande, correspond une procédure spéciale, plus difficile. Les règles directrices inscrites dans la constitution s'imposent à la loi ordinaire qui ne saurait s'en départir ou les modifier. Voilà la signification de la superlégalité des lois constitutionnelles.

2° La séparation des pouvoirs fait du pouvoir judiciaire un représentant autonome de la volonté nationale, chargé

---

bau). La garantie juridictionnelle de la constitution dans Revue du droit public, t. XXXV, 1928, p. 200 et s.

« Le droit sur la voie qu'il parcourt depuis la Constitution jusqu'aux actes d'exécution matérielle, ne cesse de se concrétiser. Si la Constitution, la loi et le règlement sont des normes juridiques générales, le jugement et l'acte administratif constituent des normes juridiques individuelles.

La liberté du législateur, qui n'est subordonné qu'à la Constitution, n'est soumise qu'à des limitations relativement faibles ; son pouvoir de création reste relativement grand. A chaque degré que l'on descend, le rapport de liberté à limitation se modifie en faveur du second terme: la part de l'application augmente ; celle de la libre création diminue.

Chaque degré de l'ordre juridique constitue donc ensemble et une production de droit vis-à-vis du degré inférieur et une reproduction du droit vis-à-vis du degré supérieur.

L'idée de régularité s'applique à chaque degré dans la mesure où il est application ou reproduction du droit. Car la régularité n'est que le rapport de correspondance d'un degré inférieur à un degré supérieur de l'ordre juridique. Ce n'est pas seulement dans le rapport des actes d'exécution matérielle aux normes individuelles — décision administrative et jugement — ou encore de ces actes-ci d'exécution aux normes générales légales ou règlementaires, que l'on peut postuler la régularité et des garanties techniques propres à l'assurer, mais aussi dans les rapports du règlement à la loi et de la loi à la constitution. Des garanties et de la légalité des règlements et de la constitutionnalité des lois sont donc aussi concevables que des garanties de la régularité des actes juridiques individuels.

Garantie de la constitution signifie donc : garantie de la régularité des règles immédiatement subordonnés à la constitution, c'est-à-dire essentiellement, garantie de la constitutionnalité des lois. »

dans sa sphère et dans la mesure de ses attributions judiciaires, de faire respecter la constitution à l'encontre des autres pouvoirs. L'on pourrait lui reprocher de violer la séparation des pouvoirs, si au lieu de se contenter de refuser d'appliquer une loi, il y substituait de sa propre autorité une règle nouvelle pour remplacer la loi caduque, ou bien, s'il refusait d'appliquer une loi, compte tenu de certains motifs d'opportunité, qui ne sont que du domaine du législateur. C'est précisément ce qu'il ne fait pas ; il se borne à constater que la loi ordinaire n'est pas conforme à la loi constitutionnelle, — qui est pour lui la règle suprême — et il en tire la conclusion nécessaire en refusant de l'appliquer.

Le propre du législateur, c'est de porter des lois suivant les règles de compétence qui lui sont imparties ; or, la constitution est pour lui la plus haute règle qu'il doive respecter. Le propre du juge, c'est de dire le droit conformément aux règles légales, qui d'après le statut national, ont force obligatoire ; or les règles contraires au statut national ne peuvent avoir cette force obligatoire, et elles ne peuvent donc entrer en ligne de compte pour la décision à prendre par le juge.

3° L'existence de tribunaux indépendants : par là, le juge se trouve soustrait à la tutelle du législateur. Son statut est réglé d'avance par une loi, qui prévoit les conditions d'avancement, de sorte qu'aucune intervention étrangère ne peut venir mettre en péril l'indépendance du juge et de son jugement. Il n'est pas soumis aux injonctions particulières des autorités exécutives et législatives. Son jugement n'est conditionné que par les lois. Or il se peut qu'ayant à trancher un litige, il se trouve en présence de deux lois contradictoires qui s'appliquent pareillement au cas d'espèce. L'une est une loi ordinaire, l'autre une loi constitutionnelle. Il y a un conflit de lois analogue à celui qui se présente entre la loi ancienne et la loi nouvelle, la loi nationale et la loi étrangère ou un traité international ; dans chacun de ces cas, le

juge doit faire prévaloir la loi la plus forte. Or dans notre cas il n'y a aucun doute, c'est la loi constitutionnelle ; car elle domine le législateur ordinaire. C'est elle qui a fixé sa compétence, qu'il vient de dépasser et de méconnaître, en édictant une loi contraire à la constitution. Le juge refusera donc d'appliquer la loi ordinaire. A défaut des parties il soulèvera la question d'office.

D. — Cette conformité sera appréciée par lui tant du point de vue formel que du point de vue matériel. Une loi peut être inconstitutionnelle pour défaut d'observation des formes requises pour sa perfection ; ces vices de forme peuvent être plus ou moins graves. Elle sera inconstitutionnelle aussi chaque fois que ses prescriptions seront en flagrante opposition avec les prescriptions constitutionnelles. Le juge devra toujours baser son appréciation sur un texte précis de la constitution, ou du droit international, dans la mesure, où ce dernier est reçu parmi les lextes ayant force constitutionnelle. Ainsi fixé, l'objet du contrôle est beaucoup moins vaste que celui admis par les tribunaux américains. Mais il nous semble — sans vouloir pousser cette discussion davantage — que l'on ne saurait, sans invitation expresse du législateur, étendre plus avant les droits d'investigation du pouvoir judiciaire ; car ce serait compromettre en grande partie la sécurité des relations juridiques.

Tout au moins devra-t-on se montrer très circonspect, lorsqu'il s'agira de permettre aux tribunaux de combler les lacunes des textes constitutionnels par voie de jurisprudence pour faire respecter les principes supérieurs du droit.

Le jugement, rendu dans un cas d'espèce, ne lie ni le juge qui l'a rendu, ni les autres tribunaux qui peuvent revenir sur la sentence. Néanmoins, il convient de remarquer qu'il se créera une certaine unité de jurisprudence. La cour de cassation aura l'occasion de se prononcer sur les litiges les plus graves, et son jugement, faisant en pratique jurispru-

dence, arrivera à paralyser complètement la loi inconstitutionnelle, de sorte que les autorités publiques renonceront à l'appliquer et la feront modifier.

§ 3 : **Les réalisations pratiques**

Un certain nombre de pays se sont libérés des anciens préjugés et ils ont admis le contrôle soit en vertu des principes généraux que nous expliquions il y a quelques instants, soit en vertu de textes spéciaux.

A. — **Le contrôle par la voie d'exception**

Des Etats allemands, seule la Bavière consacre officiellement le contrôle de la constitutionnalité des lois suivant les principes généraux du droit. Dans son article 72[135]) elle spécifie que les autorités chargées du service de la justice examinent, si une loi, qu'elles ont à appliquer dans leur décision, n'est pas en opposition avec un principe de la constitution de l'empire allemand ou de la constitution bavaroise.

Dans le canton de Berne le juge a le droit de ne pas appliquer les lois inconstitutionnelles au regard de la constitution des cantons, car suivant les articles 111 et 113 de sa constitution cantonale, il jure qu'il n'observera que les lois conformes à la constitution.

La constitution du Danemark ne contient aucune disposition expresse relative à notre sujet, la doctrine est très partagée, mais le tribunal suprême du Danemark a affirmé son droit de contrôle dans un cas concret[136]).

La haute cour d'Etat d'Estonie qui est la juridiction suprême de ce pays, a émis l'opinion dans une décision rendue

---

[135]) Constitution du 14 août 1919. Delp. et Lafer., op. cit., t. I, p. 143.

[136]) cf. ADAMOVICH Ludwig, Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen, p. 78.

le 11 mai 1926[137]), que ce devoir de contrôle incombait aux tribunaux de droit commun dans les cas particuliers soumis à leur jugement. En prenant cette décision la haute cour ne faisait que dégager les conclusions qui se déduisent de l'article 3 de la constitution, très précis, et suivant lequel les pouvoirs souverains d'Estonie ne peuvent être exercés que conformément à la constitution, ou d'après des lois conformes aux principes de la constitution. Elle s'inspirait également de l'art. 86 suivant lequel la constitution est la règle inébranlable de l'activité de l'assemblée d'Etat, des tribunaux et des institutions gouvernementales.

En Grèce, la doctrine et la jurisprudence, déjà sous le règne de la constitution de 1864, étaient d'accord pour reconnaître aux juges le droit de vérifier la constitutionnalité des lois[138]). Sous la nouvelle constitution du 2 juin 1927, les tribunaux continuent à vérifier la constitutionnalité des lois. Or cette constitution comme la précédente est muette sur ce sujet. L'article 5 se borne à spécifier que le pouvoir judiciaire est exercé par des tribunaux indépendants et soumis seulement aux lois. Une déclaration interprétative du parlement héllénique[139]) ajoute, (mais elle n'a aucune force légale) que le sens réel de la disposition est que les tribunaux sont obligés de ne pas appliquer une loi dont la teneur est contraire à la constitution.

L'Ile Verte[140]) a confirmé par un texte solennel de sa constitution le pouvoir des juges d'apprécier la constitutionnalité des lois. Cependant elle ne l'admet pas au profit de tous les juges ; elle l'enlève aux juges de paix et aux juges

---

[137]) KORSAKOFF, Le système constitutionnel de l'Estonie dans le bulletin de la société de législation comparée : janvier-mars 1930, p. 102.

[138]) L'inconstitutionnalité des lois et la jurisprudence grecque dans Revue du droit public et des sciences politiques, t. XXIII, 1916, p. 795.

[139]) Delp. et Lafer., op. cit., t. I, p. 626.

[140]) Constitution de l'Etat libre d'Irlande du 25 oct. 1922 art. 65 et 66 dans Delp. et Lafer., op. cit., t. I, p. 515.

spéciaux pour le réserver aux hautes cours de justice (tribunaux de 1re instance) et en appel à la cour suprême. Il résulte de là qu'une question d'appréciation se posant devant un autre tribunal, il devra se dessaisir de la question pour la soumettre à la haute cour de justice comme tribunal de premier degré et ne la reprendre que lorsque la question préjudicielle aura été tranchée par la haute cour.

La constitution norvégienne ignore la question, néanmoins la doctrine et la jurisprudence ont admis que ce pouvoir de vérification appartenait aux juges de droit commun[141]); ce droit était déduit de la supériorité voulue de la constitution qui, si elle ne voulait pas rester lettre morte, devait trouver une sanction nécessaire dans l'invalidation des lois ordinaires contraires au droit supérieur. L'article 112 établit l'intangibilité de la constitution, même à l'égard des amendements réguliers qui ne sauraient altérer l'esprit des dispositions de la constitution. Seule est donc admise une révision partielle au sens matériel du mot. Ceci permettrait de dire que les juges pourraient, le cas échéant, également connaître de la constitutionnalité des amendements. En Amérique les tribunaux se sont déjà arrogés ce droit.

La constitution républicaine du Portugal de 1911 édicte une disposition particulière dans son article 66. Voici comment elle est conçue « Chaque fois que dans les faits soumis à jugement, l'une ou l'autre partie contestera la validité d'une loi ou d'un acte émanant du pouvoir exécutif ou d'une autorité publique, le pouvoir judiciaire appréciera la légitimité constitutionnelle ou la conformité de cette loi ou de cet acte avec la constitution et les principes qu'elle consacre. » Il semble que dans ces circonstances le juge ne pourrait se saisir d'office de l'appréciation de la constitutionnalité des lois ; pratiquement il est vrai l'inconvénient restera minime, car les parties

---

[141]) LARNAUDE, Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers, contre les actes du pouvoir législatif (Norvège). Bulletin de la société de législation comparée 1902, p. 175 et 240.

mettant à profit tous les arguments, que leur fournit le code, ne manqueront jamais de soulever l'exception d'inconstitutionnalité, si tant soit peu un doute est possible, et la question sera résolue.

En Roumanie, la constitution de 1866 ne parlait nullement du contrôle, mais il a été admis par la cour de cassation dans un arrêt célèbre, rendu dans l'affaire des tramways de Bucarest[142]), et confirmant l'opinion des tribunaux inférieurs. La nouvelle constitution a consacré officiellement le contrôle. Mais ce faisant, elle en a réduit l'ampleur. En effet, dans son art. 103 elle édicte : que la cour de cassation, toutes chambres réunies, a seule le droit de juger la constitutionnalité des lois et de déclarer inapplicables celles qui sont contraires à la constitution. L'effet du jugement reste limité au cas d'espèce. La cour de cassation sera donc saisie de ce conflit, par la voie de la question préjudicielle, chaque fois qu'une cour inférieure verra soulever la question devant elle.

B. — Le contrôle par la voie d'action

Quatre Etats ont inauguré une voie toute originale en organisant le contrôle par voie d'action. L'effet en est plus radical ; toute loi jugée inconstitutionnelle peut être déférée devant un tribunal spécial qui en prononcera l'annulation erga omnes.

A. — La constitution monégasque a prévu dans son article 14 la création d'un tribunal suprême pour statuer sur les

---

[142]) Voyez compte-rendu de l'affaire dans la Revue du droit public et des scienees politiques, t. XIX, 1912, p. 138 et s., 365 et s. ; tribunal Ilfov 2. 2. 1912, Sirey 1912. IV. 9 avec notes de Berthélémy, cassation Roumaine: Dalloz 1912 II, 201. La cour de cassation s'était déjà prononcée dans le même sens dans une affaire d'expropriation de terrains d'anciens corvéables. Voyez dans Bulletin de la cour de cassation de Roumanie de 1902, arrêt 227, p. 446.

cf. ORESCO, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Roumanie, thèse, Paris 1929.

cf. SOTIR NASSE, Histoire du droit public sanctionnateur et de la juridiction administrative en Roumanie, thèse, Paris 1924.

recours ayant pour objet une atteinte aux droits et libertés consacrés par la constitution dans son titre 2. Une ordonnance du 21 avril 1911 a réglé les détails de la procédure, mais le tribunal n'a jamais eu l'occasion de siéger et de fonctionner, faute de nomination de ses membres.

La principauté du Liechtenstein a également suivi ce mouvement, et l'article 104 de sa constitution prévoit une haute cour de justice qui aura en plus de certaines compétences d'un haut intérêt politique, celle de connaître de la constitutionnalité des lois, ainsi que de la conformité des ordonnances; une loi ordinaire en date du 5 novembre 1925 est venu organiser les détails de la procédure.

B. — La constitution autrichienne du 1er octobre 1920 a réglé la matière par l'article 140 en ce qui concerne les principes. Les règles d'organisation ont été données par la loi du 13 juillet 1921. Suivant ces dispositions les tribunaux ordinaires ont en matière de lois des droits de contrôle très restreints. Seule la vérification de la régularité de la publication des lois leur est permise.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois appartient seul au tribunal constitutionnel, qui a en outre d'autres compétences[143]). Le recours est porté devant la cour, tant pour faire apprécier la régularité des lois fédérales vis-à-vis de la constitution fédérale que celle des lois d'Etats vis-à-vis des lois constitutionnelles des Etats, et de la constitution fédérale ; sans doute faut-il aussi y joindre les recours contre les amendements des Etats à leurs constitutions qui seraient entachés d'irrégularité envers la constitution fédérale. Par constitution, nous ne devons pas seulement entendre ici les principes du droit public interne, que consacre chaque constitution, mais également les principes du droit international qui se trouvent

---

[143]) Ces compétences sont énumérées aux art. 137, 138 et 139: on y retrouve notamment la compétence pour trancher les prétentions à des droits patrimoniaux, les conflits d'attribution, les conflits de compétence entre la Fédération et le pays.

consacrés par la constitution autrichienne, notamment le droit des minorités[144]).

Le nombre des plaideurs est des plus restreints. On n'en a pas fait une action populaire, au contraire les particuliers sont exclus du droit de provoquer un débat sur la constitutionnalité d'une loi[145]). Seul le gouvernement fédéral peut agir contre les lois des Etats, les autorités des Etats contre une loi fédérale ; en outre, le tribunal sera saisi d'office de la question, dès qu'au cours d'un procès l'appréciation de sa validité paraîtra nécessaire au tribunal pour mener les débats à bonne fin. Le simple doute suffit-il ? Le terme de « Voraussetzung » employé par la constitution doit être entendu dans un sens très large[146]).

Aucun délai n'est imparti pour introduire la cause. Le jugement de la cour prononcera l'annulation de la partie de la loi ou de la loi entière trouvée inconstitutionnelle. Cette annulation produit effet erga omnes à partir du jour de la publication au journal officiel par l'autorité fédérale ou le gouvernement respectif, qui doit y procéder immédiatement[147]). La cour pourra décider que son jugement produira effet à partir d'une date postérieure à celle de la publication, sans pouvoir dépasser les 6 mois. Cette faculté de prolongation, qui n'existe pas pour les ordonnances, a pour but de permettre d'édicter des règles nouvelles susceptibles de remplacer les anciennes.

---

[144]) Art. 149 in fine.

[145]) Les particuliers peuvent cependant saisir la cour par voie indirecte, en contestant la validité d'une loi devant un tribunal.

[146]) cf. les commentaires de M. H. Kelsen dans Verfassungsgesetze von Oesterreich. 5. Partie. Bundesverfassung, p. 247 etc. ; ainsi que l'analyse des arrêts rendus par la cour de justice constitutionnelle en vertu des articles 139 et 140 dans Adamovich et G. Frœhlich, Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder, Vienne 1925, p. 817 et Adamovich et Frœhlich, Die Novellen zur Bundesverfassung 1926, p. 245.

cf. ADAMOVICH, Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof. Vienne 1924.

[147]) Loi du 7 décembre 1920, art. 2, al. 1. Bundesgesetzblatt. Nr. 33.

Les lois irrégulières ne sont donc jamais nulles de plein droit, elles ne sont qu'annulables. Elles conservent leur validité provisoire jusqu'au jour où le jugement a été rendu et qu'il a produit effet.

Le fonctionnement du contrôle n'a pas donné de mauvais résultats ; cependant il semble préférable d'éliminer complètement la participation des hommes politiques à la cour constitutionnelle, car leur adjonction aux juristes de carrière ne s'est pas avérée des plus heureuses[148]).

C. — La Tchécoslovaquie se rapproche beaucoup de la solution autrichienne. Les textes sont les articles 1, 2 et 3 de la loi d'introduction du 29 février 1920. L'article 102 de la constitution, ainsi que la loi ordinaire du 9 mars 1920 sur le tribunal constitutionnel. L'article 102 accorde aux tribunaux ordinaires le droit de vérifier la légalité des décrets gouvernementaux, mais en ce qui concerne les lois, il ne leur concède que la faculté de vérifier la régularité de la publication. L'article 1[er] de la loi d'introduction prescrit la nullité de toute loi contraire à la constitution ; elle ne peut être modifiée que par des lois désignées comme telles, et observant les règles de procédure spéciales à la matière. Le contrôle de la constitutionnalité des lois sera confié à un tribunal constitutionnel composé de 7 membres[149]).

La procédure et les effets de ce contrôle sont réglés par la loi ordinaire du 9 mars 1920. Par opposition avec la teneur très large et aussi très vague des prescriptions constitutionnelles, la loi restreint considérablement la portée de ce contrôle, et d'aucuns se sont demandés, s'il ne fallait pas considérer cette loi comme contraire à la constitution. Quoiqu'il en soit, le tribunal constitutionnel n'a pas été saisi de l'affaire, et le délai d'action fixé par cette loi même étant écoulé, l'in-

---

[148]) Rapport de M. Kelsen à la séance de l'Institut international de droit public de 1928 (Revue du droit public et des sciences politiques, année 1928, t. XXXV), p. 172.

[149]) Art. 3 de la loi d'introduction. Delp. et Lafer., op. cit., p. 819.

constitutionnalité de la loi — encore qu'elle puisse difficilement se soutenir au regard des termes très généraux de la constitution — se trouve couverte par la prescription. Le délai d'action est de trois ans[150]). Ne peuvent agir que six autorités : la cour de justice suprême, la cour administrative suprême, le tribunal électoral, la chambre des députés, le sénat et la diète de la Russie subcarpathique[151]). Le tribunal constitutionnel ne peut se saisir lui-même de la question. Son contrôle ne portera que sur le point de vue de la conformité matérielle (contradiction avec une prescription positive de la constitution, incompétence d'un organe), sans qu'il puisse vérifier les conditions formelles de sa formation.

Lorsque la cour a reconnu l'exactitude des motifs et qu'elle conclut à l'inconstitutionnalité, elle transmet sa décision au chef du gouvernement, qui la fera insérer, dans un délai maxima de huit jours, dans le bulletin des lois sans indication de motif et dans les feuilles officielles avec indication des motifs[152]). La décision spécifie, quelles sont les parties inconstitutionnelles annulées[153]). A dater du jour de la publication, cette décision s'impose à l'observation de toutes les autorités et des tribunaux[154]). Sont assimilés aux lois les règlements de nécessité de la commission permanente, composée de membres du sénat et de la chambre des députés. Ils ont provisoirement force de loi et suivent la même procédure ; cependant le gouvernement, en même temps qu'il les publie[155]), les soumet d'office à l'examen du tribunal constitutionnel, qui appréciera leur validité.

---

[150]) Art. 12, loi du 9 mars 1920. Recueil des lois et décrets de l'Etat tchécoslovaque N° 121.
[151]) Art. 9, loi du 9 mars 1920.
[152]) Art. 19, »
[153]) Art. 18, »
[154]) Art. 20, »
[155]) Art. 21, »

§ 4me : L'avenir du contrôle

Les conditions préalables du contrôle sont remplies par le droit public de tous les Etats européens qui font une distinction procédurale. Cependant la cause de cette institution en tant que complément nécessaire de la distinction faite entre les lois constitutionnelles et ordinaires est loin d'être gagnée. Les juristes et les hommes d'Etat sont très partagés sur la question de l'opportunité et de l'aménagement pratique du contrôle. Nous ne donnerons ici que l'image de la situation de la France et de l'Allemagne ; l'exposé de leur attitude nous permettra de nous rendre un compte exact des possibilités du contrôle en Europe, et de la solution particulière envisagée plus conforme à la mentalité de notre vieux monde.

A. — La question du contrôle en France

En France la situation se présente de la façon suivante. Tous les auteurs sont d'accord pour affirmer que le contrôle de la constitutionnalité des lois est requis par les principes généraux du droit public dans le silence même des textes, partout où sont réalisées les trois conditions que nous analysions un peu plus haut. Cependant leurs opinions sont divergentes dès qu'il s'agit de savoir, si le contrôle est possible en France.

Certains auteurs, parmi lesquels M. Duguit et Esmein[156]), nient la possibilité d'un recours en se basant sur les lois du 16—24 août 1790, titre 2, articles 10, 11, 12, et la constitution du 3—4 septembre 1791, titre 3, chap. 5, article 3, ainsi que l'article 127 du code pénal qui prohibent aux tribunaux toute intervention dans les affaires administratives et leur interdisent

---

[156]) DUGUIT, Droit constitutionnel, 3e éd. 1918, p. 305.
ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 7e éd., t. I, p. 586 et s.

de refuser d'appliquer les lois. M. Carré de Malberg[157]) y ajoute l'article 8 de la loi du 25 février 1875, suivant lequel il appartient aux chambres de dire, s'il y a lieu de réviser la constitution. Pour lui cette prescription confère le contrôle aux chambres elles-mêmes, parce qu'il implique de leur part la décision sur la question de savoir, si une disposition quelconque peut être prise par la voie de la législation ordinaire ou s'il faut recourir à une révision. Il ne nous paraît pas possible de nous rallier à son opinion : l'article 9 a trait à l'organisation de la procédure de révision, et il semble peu probable que les constituants de 1875 aient pensé à cette question. Pour eux, il n'y avait qu'une chose à faire, c'était de mettre sur pied une constitution d'attente préjugeant le moins possible de l'avenir. Comment dès lors vouloir leur faire dire, ce à quoi ils ne songeaient pas le moins du monde. De plus, il s'agit de deux hypothèses très différentes. Dans l'une il s'agit de savoir, s'il y a lieu de modifier l'organisation des pouvoirs publics, c'est-à-dire de modifier leur compétence. Dans le cas du contrôle, il s'agit de savoir, si dans l'exercice de sa compétence, l'organe législatif ne va pas ou n'a pas transgressé les règles à lui tracées en édictant par voie de législation ordinaire des mesures qui auraient nécessité la procédure constitutionnelle. L'article 8 fournit un appui trop faible et trop incertain pour motiver sérieusement l'interdiction du contrôle.

Quant aux textes révolutionnaires, leur tendance manifestement politique a perdu de sa valeur aujourd'hui. Il suffirait de réduire leur portée à l'interdiction des arrêts de règlements et aux pratiques similaires au refus d'enregistrement de l'ancien régime.

Certains auteurs considèrent en conséquence les textes comme absolument dépourvus de force légale. Citons parmi

---

[157]) CARRE de MALBERG, La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875, dans : Revue politique et parlementaire du 10 sept. 1927.

ceux-ci MM. Duez, Jèze, Berthélémy, Saleilles et Hauriou[158]). Ce dernier affirme de plus que la jurisprudence a déjà admis et fait fonctionner le contrôle de la constitutionnalité des lois. Cependant, en réalité, les arrêts cités[159]) n'écartent pas formellement les lois pour cause d'inconstitutionnalité, mais pour inapplicabilité au cas d'espèce. Par contre, il existe d'autres arrêts, où le conseil d'état a rejeté son pouvoir de contrôle en termes non équivoques.

Aussi les auteurs plus prudents demandent-ils un texte positif supprimant tout doute.

A vrai dire, l'introduction du contrôle par voie de jurisprudence est possible en théorie. Mais pour la réaliser en pratique, il faudrait remonter tout un courant historique défavorable à une juridiction d'aussi haute envergure de la part des tribunaux.

Baillonné par la révolution, parce que suspect d'esprit contrerévolutionnaire, le corps judiciaire n'a pas encore reconquis dans notre droit public une place de parité avec le législatif et l'exécutif. Il souffre toujours de la méfiance dont il a été frappé.

Le contrôle impliquerait un renversement complet de nos traditions parlementaires, qui ont fait du parlement l'arbitre suprême de toute la vie constitutionnelle.

---

[158]) DUEZ, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France, dans Mélanges Hauriou 1929, p. 211.
SALEILLES, Bulletin de la société de législation comparée, 1902, p. 245 et s.
HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, p. 266 et s.
cf. également LARNAUDE, Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers, contre les actes du législatif; Bulletin de la société de législation comparée 1902, p. 175 et 240; également article sur la question: Revue politique et parlementaire, t. CXXVI.

[159]) Arrêt Winkel et Rosier du 7 août 1909. Sirey 1909, III, 145, avec note de M. Hauriou; arrêt Tichit, 1er mars 1912, S. 1913, III, 137, plus d'autres, dont on trouvera la liste dans l'article sus-mentionné de M. Duez et dans l'étude de M. Blondel sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

D'ailleurs la constitution actuelle offre très peu de prises à un pareil contrôle ; y ajouter par voie de jurisprudence les principes supérieurs du droit, afin de créer une sorte de légitimité constitutionnelle, équivaudrait à lancer la question dans l'incertain, à amener le juge à jouer un rôle actif analogue à celui des cours américaines et lui permettre de fixer à la place du législateur, quelles matières sont constitutionnelles. Le juge français n'a pas suffisamment de crédit pour assumer une pareille mission. De plus, dans nos pays occidentaux, le droit repose principalement sur la loi écrite, et il ne saurait être constitué par la coutume jurisprudentielle. Chez nous le législateur est le maître absolu : à supposer qu'une loi ait été un jour frappée d'inconstitutionnalité, il est certain, que le législateur français la votera dès le lendemain suivant la procédure constitutionnelle. Encore que la tyrannie des majorités parlementaires ne soit plus supportée avec la même passivité[160]) qu'autrefois, on redoute cependant de tomber sous le « gouvernement des Juges », car ils sont des hommes politiquement irresponsables, et le peuple ne peut en avoir raison par le moyen de l'élection, comme cela a lieu aux Etats-Unis.

Au contrôle par la voie d'exception laissé à la disposition de tous les juges, nous préférons en Europe[161]) le contrôle exercé par une seule cour de justice agissant par voie d'exception ou par voie d'action. Les projets de loi présentés ces dernières années sont tous dans ce sens. Mais tandis que les

---

[160]) cf. l'opinion de GENY, Science et technique en droit privé, t. IV, p. 93.

cf. l'opinion de DE TOCQUEVILLE, La démocratie en Amérique, éd. 1840, p. 161. Pour Tocqueville l'établissement du contrôle impliquait la transmission du pouvoir constituant aux tribunaux.

cf. l'opinion de JANET P., Histoire de la science politique, t. I. Introduction, p. XXIII.

[161]) M. Duguit se déclare en faveur du contrôle par voie d'exception à la séance de l'Institut International de droit public (voir Revue du droit public et des sciences politiques, t. XXXV, 1928).

M. Berthélémy à la même séance déclare que le tribunal unique n'est nécessaire que pour les Etats fédéraux.

hommes politiques[162]) verraient avec faveur que le contrôle fût remis à l'autorité judiciaire, les auteurs[163]), même favorables, semblent préférer assurer la garantie de la constitutionnalité des lois par une meilleure organisation du travail parlementaire. Pour l'instant la question reste en l'état.

B. — La question du contrôle en Allemagne

La situation en Allemagne est quelque peu moins compliquée qu'en France. Le contrôle n'y rencontre pas les mêmes difficultés d'ordre historique et politique.

Sous le régime de la constitution de 1871, le contrôle des lois n'était pas pratiqué. Pour Laband[164]) la promulgation des lois par l'empereur le rendait inutile, car il est du devoir de toutes les autorités de s'assurer de la rectitude de leurs opérations. Du moment que l'empereur promulgue une loi, c'est qu'il l'a jugée conforme à la constitution ; ce jugement s'impose à toutes les autorités. Le contrôle était en quelque sorte considéré comme une affaire interna corporis.

La constitution d'empire du 11 août 1919 a laissé la question à dessein dans l'ombre. Selon l'avis de l'auteur, M. Hugo Preuss, partisan du contrôle, il a préféré ne pas soulever la question de façon intempestive à la commission ; elle le fut cependant par le député M. Landsberg, qui, impressionné par la pratique judiciaire américaine, demanda qu'on interdît expressément le contrôle aux tribunaux. La commission cependant se rangea du côté de M. Hugo Preuss[165]) et se refusa

---

[162]) Proposition Alfred Naquet, J. Off. 16 mars 1894, Débats parlementaires, p. 525 et s.

Proposition Charles Benoist, J. Off. Doc. parl., 28 janvier 1903, annexe 712, p. 99 et J. Off. Doc. parl., 17 mars 1907. Ch. N° 931.

[163]) M. Jèze à l'institut international de droit public, cité ci-dessus.

M. Duez dans son article indiqué plus haut (Mélanges Hauriou, p. 211).

[164]) LABAND Paul, Deutsches Staatsrecht, 5e édit., t. II, p. 44.

[165]) Fritz Morstein Marx cite une lettre de M. Hugo Preuss, relatant ces faits ; Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes, p. 32 et s.

à trancher le litige par un texte positif, afin de laisser à la jurisprudence l'occasion de se prononcer en s'inspirant des seuls principes du droit public.

L'article 70 de cette constitution donne compétence au président de l'empire pour promulguer les lois régulièrement votées. Ce devoir qu'a le président de vérifier la régularité des lois, correspond au devoir de tout fonctionnaire et de tout citoyen de se conformer dans son activité aux prescriptions de la constitution et de veiller à son respect ; il n'empêche point un contrôle à postériori par l'autorité judiciaire.

Il faut conclure de même en ce qui concerne l'art. 13 qui organise le contrôle fédéral ; son silence touchant la question du contrôle tout court ne saurait être interprété comme une interdiction implicite du contrôle de la constitutionnalité des lois[166]).

Longtemps, les tribunaux sont restés sur la réserve, mais il existe à présent deux décisions certaines, l'une en date du 22 février 1924 et l'autre en date du 4 novembre 1925 qui se prononcent en faveur du contrôle. La première décision fut rendue en séance plénière, mais n'a longtemps pas été publiée et resta donc ignorée du grand public. Il semble que le tribunal d'empire s'est décidé surtout à sortir de sa réserve et à affirmer son droit, afin de ne pas laisser échapper une attribution, qui faute d'intérêt de sa part, risquait, sous la pression de l'opinion publique, d'être créée par une loi au profit d'un tribunal spécial. D'autre part, les tribunaux suprêmes de chaque Etat ne voient pas d'un trop bon

---

[166]) En Belgique c'est bien un pareil argument à contrario que l'on invoque ; l'art. 107 de la constitution belge confère aux tribunaux le droit de vérifier la légalité des règlements ; donc il exclut implicitement le contrôle des lois. C'est là une raison bien spécieuse ; car à l'époque, où la constitution belge a été rédigée, la question du contrôle ne se posait pas encore. En fait, on veut laisser le soin au législateur de s'inspirer des besoins du moment, la constitution doit pouvoir conserver une certaine plasticité. L'on préfère se fier au législateur qui traite les questions d'une façon générale, plutôt qu'au juge qui rend son verdict en vue d'un cas particulier. cf. ERRERA, Traité de droit public belge, p. 270.

œil, que ce contrôle soit remis à un tribunal d'empire unique, car leur domaine d'action sur les instances inférieures du pays s'en trouverait diminué.

La doctrine est très divisée, mais le contrôle gagne tous les jours de nouveaux partisans. M. Adamovich cite une liste de 74 auteurs de langue allemande sur lesquels 45 sont en faveur, alors que 29 sont contre. Nous voyons des auteurs de grand renom dans les deux camps. Nous citerons parmi les auteurs favorables MM. Bühler, Fritz Fleiner, Hubrich, Kelsen, Morstein Marx, Pötzsch, Preuss, Schack, Schmitt, Simons, Stier-Somlo, Triepel et Waldecker[167]). Sont contre : MM. Anschütz, Jellinek Georg et Walter, Lenel, Radbruch, Thoma, Wittmaier[168]).

Les deux Jellinek basent leur opposition uniquement sur le fait, que le contrôle n'est possible que là, où il y a une véritable distinction entre l'organe constituant et législatif. Celle-ci faisant défaut dans la constitution allemande, ils considèrent le contrôle comme irréalisable. Tel cependant

---

[167]) BÜHLER, Deutsche Juristenzeitung 1921, p. 580; FLEINER Fritz, Institutionen des Verwaltungsrechts, 5e éd. 1920, p. 19; HUBRICH, Das demokratische Verfassungsrecht des deutschen Reichs 1921, p. 150; KELSEN, La garantie juridictionnelle de la constitution, Revue du droit public et des sciences politiques, t. XXXV, 1928; MORSTEIN Marx, op. cit.; PÖTZSCH. Handausgabe der Reichsverfassung, 2e éd., note 3 pour l'art. 102; PREUSS, op. cit., d'Adamovich; SCHACK (avec réserves), Archiv des öff. Rechts, t. XXXXI, p. 168; SCHMITT Carl, Der Hüter der Verfassung. Archiv des öff. Rechts, t. XVI, 1929; SIMONS Walter, Reichsverfassung und Rechtsprechung. Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft, t. LXXXI, 1926; STIER SOMLO, Archiv des öff. Rechts, t. XXXXII, p. 186; et Archiv des öff. Rechts, t. VII, nouvelle suite 1924. Die zweite Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, p. 88; Triepel est en faveur d'un contrôle d'office. Archiv des öff. Rechts, t. XXXIX, année 1920, p. 534; WALDECKER, Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts. Arch. des öff. Rechts. Nouv. Suite, t. XI, 1926, p. 59.

[168]) ANSCHÜTZ, Kommentar, p. 129. JELLINEK Georg, Allgemeine Staatslehre, éd. 1914, p. 794 et JELLINEK Walter, Deutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1921, p. 753.

WITTMAYER, Die Weimarer Reichsverfassung, p. 460.

En outre consultez bibliographie indiquée par M. Adamovich, op. cit., à la page 65 et s. et par Morstein Marx, op. cit.

n'est pas notre avis, et nous avons démontré que le droit moderne réalisait encore une distinction des plus efficaces entre les lois constitutionnelles et ordinaires sans être obligé de recourir à une différenciation par organe.

La question a fait l'objet des discussions à l'assemblée des juristes allemands de 1924, ainsi qu'à celle de septembre 1926[169]). A cette dernière fut discuté un projet de loi présenté par le ministre de l'intérieur M. Külz[170]), et l'assemblée se déclara d'accord en principe avec les solutions présentées. Ce projet, déposé le 11 décembre 1926 sur le bureau du Reichstag, établit un tribunal unique composé exclusivement de juristes ; il pourra être saisi par les plaideurs ainsi que par la minorité du Reichstag, à condition qu'elle soit forte d'un tiers des membres. Le tribunal aurait aussi le droit d'interpréter les lois.

Nous devons signaler également que M. Kelsen[171]) a fait un rapport sur la question à l'Institut International de droit public lors de sa session de 1928. Un accord, traduit par une motion positive, ne put cependant être enregistré, chacun des auteurs éminents, qui siégeaient, étant resté sur ses positions.

§ 5me : La conciliation du contrôle avec le principe de la suprématie de l'organe législatif

Le plus grand obstacle à l'établissement du contrôle de la constitutionnalité des lois nous vient de la crainte que les

---

[169]) pour l'assemblée 1924. cf. Deutsche Juristenzeitung, t. XXIX, 1924. Arch. des öff. Rechts. Nouv. Suite, t. VII, 1924. JELLINEK Walter, Beschlüsse der 33. Juristentagung betreffend Verfassung, p. 351.

pour l'assemblée de 1926. cf. également Reichsverfassungsstreitigkeiten de Hans Nawiasky, Munich, dans Archiv des öff. Rechts, Nouvelle suite, t. XII, 1927, p. 130.

[170]) KÜLZ, Dissertation sur le contrôle à propos de son projet de loi dans Deutsche Juristenzeitung 1926, p. 837, projet déposé le 11 déc. 1926. Reichstag Drucks. 2855. cf. aussi: Dissertation de Richard Grau, Aus der Praxis des Staatsrats. Arch. des öff. Rechts, t. XI, 1926, p. 287.

[171]) Rapport et discussion relatés par Revue du droit public et des sciences politiques, t. XXXV, 1928.

autorités judiciaires puissent un jour renverser, grâce à ce moyen, la hiérarchie des pouvoirs établie en Europe, et remplacer la primauté de l'organe législatif par celle du judiciaire. L'exemple de l'Amérique y est pour quelque chose.

Cependant il ne faut pas oublier, que le contrôle se déroulera chez nous dans de tout autres conditions.

La législature américaine[172]), faut-il dire, était déjà habituée à subir ce contrôle, puisque, lorsqu'elle n'était que la chambre législative d'une colonie anglaise, ses lois devaient, avant d'obtenir force obligatoire, être agréées par le gouvernement de la métropole, qui les vérifiait du point de vue de leur conformité avec le droit de l'empire britannique. Les tribunaux ont repris la suite du conseil d'empire. L'organe législatif américain n'ayant jamais possédé de pouvoirs judiciaires comme le parlement anglais à ses origines, voyait derechef lui glisser un argument des mains, qui lui aurait permis de se réserver le contrôle, et en somme de consacrer son omnipotence.

Alors qu'en Europe l'organe législatif était en fait érigé en organe suprême, en Amérique le droit constitutionnel, appliquant plus rigoureusement les théories du contrat social et de la séparation des pouvoirs constituant et législatif, faisait de l'organe législatif une simple autorité étroitement assujettie au pouvoir constituant du peuple. L'organe législatif n'est qu'une autorité commise. Le juge américain, égal en autorité au législateur, défend dans les limites de sa sphère la volonté souveraine du peuple, consignée dans la constitution, contre les empiètements des autres autorités, en refusant d'appliquer les lois inconstitutionnelles.

Chez nous, le législateur, conscient de ses responsabilités, évite dans une large mesure des incorrections législatives, de sorte que le contrôle s'y révèle moins nécessaire et que son absence se fait moins sentir. Le législateur américain,

---

[172]) cf. BLONDEL, op. cit., 1re partie, et LAMBERT Edouard, op. cit., les premiers chapitres.

sachant que son œuvre sera révisée, n'y met pas autant de circonspection, il procède à des innovations hardies, audacieuses et se repose sur le juge pour émender son œuvre et la rendre viable.

A ces causes il faut en ajouter une autre : nos juges européens ne possèdent point, à l'instar de leurs collègues américains, le pouvoir de règlement ; ils ne peuvent rendre des arrêts d'ordre général et obligatoires pour les particuliers et les administrations ; ils ne peuvent enjoindre à ces dernières, de ne pas mettre en application une loi jugée inconstitutionnelle par eux. Ce pouvoir de règlement appartient seul à l'administration qui, elle, ne peut vérifier la validité des lois ; les juges ne peuvent donc prendre l'offensive pour paralyser l'application des lois par les autorités.

Enfin l'autorité de la chose jugée a une valeur infiniment plus grande en Amérique qu'en Europe, un seul jugement du tribunal suprême refusant d'appliquer une loi pour inconstitutionnalité, consacre de façon définitive sa déchéance. En fait cela n'est pas à craindre dans les pays européens qui pratiquent le contrôle par voie d'exception. Là où le contrôle s'exerce par la voie d'action, cette force est une concession de la loi.

La dernière des différences, qui prime par ses effets toutes les autres, réside dans le fait que l'Amérique est un pays de common law, alors que nos Etats européens sont des pays de civil-law.

En Amérique les tribunaux travaillent sur le droit coutumier général, dont ils sont les interprètes ; les textes législatifs émis par le corps législatif américain apparaissent comme un droit spécial venant se greffer sur le droit commun, il y forme une exception — le droit coutumier étant la règle —, et il ne peut être adopté, qu'à condition de lui être conforme. Si son opposition est par trop flagrante, et ce sont les tribunaux qui en décident, la loi ne sera pas admise, si l'opposition est

moindre, alors les tribunaux utiliseront leur droit d'interprétation qui est des plus larges, puisqu'il s'exerce conformément à une coutume dont ils fixent eux-mêmes les contours.

Nos Etats européens sont des pays de civil-law. Chez nous le droit écrit est la règle, et la coutume est l'exception. La coutume ne peut être appliquée chez nous que dans le silence des textes, dans les lacunes laissées par la règlementation : « inter et præter legem », mais jamais « contra legem ». Lorsque le juge interprète la loi, ce n'est jamais en s'appuyant sur la coutume qu'il le fait, mais en s'appuyant sur la législation existante, sur les travaux préparatoires, en un mot sur les intentions du législateur ; le pouvoir de construction du juge est des plus limités. En tout état de cause, le législateur aura pouvoir de briser net tout effort de construction de sa part par une loi nouvelle ou une loi interprétative. Une mainmise des juges sur le pouvoir suprême est impossible en Europe.

Il reste cependant un inconvénient : une loi ne pourra être considérée comme pleinement valable que le jour, où elle aura subi le feu des assises. Jusque là, elle se trouvera frappée en quelque sorte d'une condition de validité résolutoire. Pareil fait peut paraître énervant pour l'organe législatif[173]), il est plein d'incertitudes pour les particuliers.

A l'égard de ces derniers, la situation n'est toutefois pas aussi précaire qu'elle le semble. Lorsqu'on organise le contrôle par la voie d'action, l'on peut prévoir des délais d'action très courts qui permettront de fixer le sort de la loi assez rapidement. Si l'on maintient le contrôle par voie d'exception, un délai ne peut être établi. Cela dépendra des litiges qui pourront naître lors de son application. Mais dans ce cas encore, l'on peut dire, que le particulier n'est pas lésé, parce

---

[173]) Le jurisconsulte italien Orlando traitant la question malgré son absence d'utilité pratique, s'oppose au contrôle parce qu'il supprime la certitude du droit qui était une des meilleures conquêtes du droit moderne écrit. Orlando, Principes de droit public et constitutionnel, p. 385 et s.

qu'il peut en écarter l'application en soulevant l'exception, dès qu'elle tend à lui faire perdre son procès. Auparavant la loi peut lui être indifférente.

En ce qui concerne l'atteinte portée au prestige de l'organe législatif, il convient de ramener la notion de sa souveraineté à de justes proportions.

Dire qu'une autorité détient le pouvoir suprême dans l'Etat, ne signifie pas qu'elle peut faire fi de toutes les règles et ne se limiter que suivant son bon plaisir. L'autorité suprême dans l'Etat est elle-même limitée par les règles supérieures du droit inscrites dans la constitution. Sa suprématie se borne à pouvoir vouloir en dernier ressort, à faire prévaloir sa volonté sur celle des autres organes, dans les limites et les formes qui lui sont fixées par la constitution[174]). L'organe législatif a le droit de porter des modifications à la constitution, mais il doit le faire en suivant les règles de procédure usitées pour cela. Une révision par voie de législation ordinaire — si opportune fut-elle — constitue une irrégularité et une infraction aux règles constitutionnelles. Il importe de s'assurer que cet organe ne les dépasse pas, et lorsqu'il les excède, il faut disposer des moyens adéquats pour l'y faire rentrer.

C'est le rôle propre du pouvoir judiciaire. Par là-même, sa mission se trouve considérablement agrandie, et il vient se placer non pas au-dessus, mais aux côtés de l'organe législatif. Cette égalité n'a rien qui puisse choquer. C'est l'égalité de deux corps devant la constitution ; l'organe législatif dans l'accomplissement de sa fonction législative doit s'y soumettre comme le corps judiciaire.

---

[174]) Fritz Morstein Marx fait remarquer très justement qu'à l'heure actuelle il ne suffit plus qu'une loi se présente comme l'œuvre de la volonté de l'Etat, il faut encore qu'elle corresponde à certaines exigences de la justice. La disparition de l'esprit corporatif en faveur de l'Etat, et le développement de l'esprit individualiste y sont pour quelque chose. Cette remarque d'ordre psychologique vaut surtout pour l'Allemagne, op cit., p. 58.

La constitution est la règle suprême de l'Etat. Il n'y a d'ordre et de justice que dans la mesure, où tous les pouvoirs y sont effectivement soumis. Le corps judiciaire est celui qui doit assurer le respect de cette hiérarchie des principes établie par le statut national. Il ne brise la volonté législative du parlement que lorsqu'elle est en contradiction avec la constitution, et lorsqu'elle se trouve démunie de ce fait de toute force obligatoire.

Ainsi le régime de la loi se complète et se trouve achevé par le règne du droit ; l'un soutient l'autre. Si l'ordre et la justice sont les deux fondements de l'Etat, il sera exact de dire, qu'ils ne seront réalisés qu'autant que le corps judiciaire sera habilité à excercer le contrôle. Car alors l'organe législatif fera règner la justice par l'ordre, et l'organe judiciaire affermira le règne de l'ordre par celui de la justice.

Dans ces conditions, la distinction des lois constitutionnelles ne sera pas un vain mot, elle sera une réalité vivante. La force supérieure inhérente à la loi constitutionnelle ne se trouvera pas seulement garantie par les conditions plus rigoureuses de son élaboration, elle le sera aussi dans le maintien de l'intégrité de son existence, puisque les violations, dont le législateur pourrait se rendre coupable, trouveront un juge qui en assurera la sanction efficace, et qui permettra, par là-même, à la constitution de s'affirmer comme la base inébranlable des libertés publiques et privées des citoyens.

CONCLUSION

Le problème de la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires se rattache étroitement chez tous les peuples au problème de l'organisation du bien commun. Les lois et les institutions sont les cadres protecteurs de l'activité de l'homme ; elles doivent l'acheminer vers l'épanouissement harmonieux de sa personnalité. Les différentes lois y concourent à des degrés divers : les lois ordinaires, de façon immédiate, les lois constitutionnelles de façon médiate. Les premières ont pour les hommes un intérêt plus direct, plus palpable, car ce sont elles qui par leur ordres et leurs défenses viennent seconder leurs efforts ou réprimer leurs abus. Il importe donc que leurs conditions d'élaboration soient établies de sorte, que dans la mesure du possible elles ne soient pas tyranniques, mais qu'elles satisfassent aux conditions de la justice et de l'opportunité. Cette garantie nous est fournie par les lois constitutionnelles ; celles-ci sont la charpente maîtresse de l'organisation politique, son ossature primaire et stable, que viennent étoffer les lois ordinaires comme un revêtement souple et toujours changeant. Il est par conséquent nécessaire que l'établissement et la modification des lois constitutionnelles soient conçus de manière à pouvoir toujours assurer aux lois ordinaires, à travers l'évolution des temps, les conditions d'élaboration les plus fécondes.

Les théoriciens de la révolution avaient résolu la question en remettant au peuple, principal intéressé, la confection des lois constitutionnelles : il fixera par lui-même ou par le truchement d'une représentation élue, les attributs de l'autorité législative et les limites de son action. Etant maître des lois constitutionnelles, il peut efficacement, semble-t-il, diriger et surveiller le bon emploi de la législation ordinaire.

Aujourd'hui, la nation ne se superpose et ne s'oppose plus à l'Etat. Ce dernier émet la volonté nationale par l'entremise de ses organes ; l'organe législatif en est le porte-parole le plus qualifié ; c'est lui, qui à ce titre rédige les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. La sauvegarde des intérêts des particuliers est dès lors recherchée dans un ensemble de moyens empruntés à la technique juridique, destinés à garantir que l'œuvre constitutionnelle sera le fruit d'une réflexion sagement mûrie, et qu'elle ne pourra être modifiée à la légère, ni surtout méconnue par l'autorité suprême qui l'a édictée.

Le respect de la distinction des lois constitutionnelles n'est plus assuré par une différenciation d'origine, elle se trouve réalisée avec un effet bien plus entier par les conditions formelles et restrictives de la majorité qualifiée et par le contrôle subséquent du juge.

Cependant ces garanties juridiques très précieuses, et certes supérieures en valeur à la solution théorique de la révolution française, ne sont pas à toute épreuve. Les institutions juridiques sont mues par des hommes. Il ne suffit point d'avoir jalonné l'évolution future et inévitable des Etats, d'avoir imposé des barrières à ses pouvoirs, d'avoir canalisé les aspirations nouvelles, pour que le perpétuel devenir auquel sont assujettis nos Etats, ne soit pas une suite de progrès et de rechutes, mais une lente et continuelle ascension vers le bien-être social et la prospérité économique. On n'enchaîne pas le démon de la révolution et de l'anarchie avec des for-

mules de droit. A côté des garanties juridiques, les appuyant et les dépassant encore par leur force de résistance, c'est aux garanties sociales, au bon sens, à la pondération, à la saine compréhension de leurs intérêts, à l'esprit de tradition et de justice des peuples, qu'il convient de faire appel.

Vu :

Strasbourg, le 24 mai 1931

Le Président de thèse :

Joseph Delpech

Vu :

Strasbourg, le 27 mai 1931

Le Doyen de la Faculté :

J. Duquesne

Vu et permis d'imprimer :

Strasbourg, le 28 mai 1931

Le Recteur de l'Académie

Président du Conseil de l'Université :

Chr. Pfister

Bibliographie

ADAMOVICH Ludwig, *Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof,* dans: Wiener Staatswissenschaftliche Studien. Leipzig und Wien 1924.

ADLER Franz, *Die Grundgedanken der tchechoslowakischen Verfassungsurkunde in der Entwicklungsgeschichte des Verfassungsrechts,* dans: Quellen und Studien (Abteilung Recht), édité par Osteuropainstitut. Breslau 1927.

ADLER Franz, *Das tschechoslowakische Verfassungsrecht in den Jahren 1922—1928,* dans: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 17. 1929.

ARCHIVES PARLEMENTAIRES: I^re^ série: Tomes VIII, IX, XXX.

AUFFRAY Jean, *Etude sur la facilité de la révision de notre constitution de 1875.* Thèse: Rennes 1908.

ASCHEHONG L. H., *Das Staatsrecht der Vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen.* Handbuch des öffentlichen Rechts. 1889.

BARTHELEMY Joseph, *Distinction des lois ordinaires et constitutionnelles sous la monarchie de juillet,* dans: Revue du droit public et des sciences politiques, tome XXVI, 1909. p. 5.

BARTHELEMY Joseph, *La crise de la démocratie représentatives,* dans: Revue du droit public et des sciences politiques, tome XXXV 1928. p. 584.

BLONDEL André, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.* Thèse: Aix 1927.

BOUTMY Emile, *Etudes de droit constitutionnel.* Paris 1913.

BORGEAUD Charles, *Etablissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe.* Paris 1893.

BOUSQUET DE FLORIAN Henry (de), *Révision des constitutions.* Thèse: Paris 1891.
BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung,* 2me éd. Bern 1914.
CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat.* Paris 1920—1922, 2 vol.
CARRE DE MALBERG R., *La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875.* Revue politique et parlementaire du 10 septembre 1927.
CARRE DE MALBERG R., *La loi, expression de la volonté générale.* Paris 1931.
CHENON Emile, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à nos jours,* tome II Paris 1926.
CROZAT Charles, *Les constitutions de la Pologne et de Dantzig.* Thèse: Toulouse 1923.
DELPECH et LAFERRIERE (F. R. Dareste et P. Dareste), *Les constitutions modernes,* 4me édition entièrement refondue, tomes I et II: constitutions d'Europe. Paris 1928 et 1929.
DJIRAS Alexandre, *L'organisation politique de la Grèce d'après la constitution républicaine du 29 septembre 1925.* Thèse: Paris 1927.
DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel,* 3me édition en 5 volumes, tome I de 1927 et II de 1928 (seuls parus), tome III de 2me édition Paris 1923.
DUGUIT et MONNIER, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789,* 3me édition. Paris 1915.
DUEZ Paul, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France,* dans: Mélanges Hauriou. Paris 1929, p. 211.
EISENMANN Charles, *Dix ans d'histoire constitutionnelle autrichienne 1918—1928.* Revue du droit public et des sciences politiques, tome XXXV. Paris 1928, p. 54.
ERRERA Paul, *Traité de droit public belge.* Paris 1918.
ESMEIN, *Elements de droit constitutionnel français et comparé,* 7me édition. Paris 1921 (2 vol.).
FLANDERKA Otakar, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Tschécoslovaquie.* Thèse: Paris 1926.
FLEINER Fritz, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht:* Tübingen 1923.

GAJAC Jean, *De la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires.* Thèse: Bordeaux 1903.

GODEHARD Joseph, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 2. August 1919* (amtliche Entwürfe, Beschlüsse des Verfassungsausschusses). Berlin 1919.

GOOS und HANSEN, *Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark.* Handbuch des öffentlichen Rechts. 1889.

JAGMETTI Riccardo, *Der Einfluss der Lehren von der Volkssouveränität und vom Pouvoir constituant auf das schweizerische Verfassungsrecht.* Thèse: Zürich 1920.

JELLINEK Georg, *Allgemeine Staatslehre,* 3me édition. Berlin 1914.

JOLLY Edouard, *Le pouvoir législatif dans la République Tschécoslovaque.* Thèse: Paris 1924.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel,* 2me édition. Paris 1929.

HAURIOU Maurice, *La souveraineté nationale.* Paris 1912.

HILDESHEIMER Walter, *Ueber die Revision moderner Staatsverfassungen.* Tübingen 1918.

HORVATZKI Milan, *La constitution du Vidovdan,* étude sur la formation constitutionnelle de l'Etat Yougo-Slave. Thèse: Grenoble 1923.

KELSEN Hans, *Die Verfassungsgesetze der Republik Oesterreich* (historische Einleitung und kritische Erläuterung). V. Teil, Bundesverfassung. Wien und Leipzig 1922.

KELSEN Hans, *Allgemeine Staatslehre.* Berlin 1925.

KELSEN Hans, *Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates.* Wien 1926.

KELSEN Hans, *La garantie juridictionnelle de la constitution.* Revue du droit public et des sciences politiques, tome XXXV, 1928, p. 197.

KORSAKOFF, *Le système constitutionnel de la République d'Estonie,* dans: Bulletin de la société de législation comparée, janvier/mars 1930.

LABAND Paul, *Deutsches Staatsrecht,* 5me édit., tome II. 1911.

LAMBERT Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis.* Paris 1921.

LAMBERT Edouard, *Quatre années d'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois par la cour suprême, dans:* Mélanges Hauriou, Paris 1929, p. 467.

LEFEBVRE C., *Etude sur les lois constitutionnelles de 1875.* Paris 1882.

MANY J., *Etude critique sur la constitution de la République Portugaise.* Thèse: Paris 1915.

MARION Marcel, *Dictionnaire des institutions de la France au XVII^e^ et XVIII^e^ siècle.* Paris 1923.

MEITANI Georges, *Le pouvoir constituant en Roumanie.* Thèse: Paris 1901.

MORSTEIN Max Fritz, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes.* Berlin 1927.

MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel.* Revue du droit public et des sciences politiques, tome XXXV, 1928, p. 5.

MOKRE Hans, *Das Verfassungsrecht der österreichischen Länder.* Wien 1929.

MONTESQUIEU, *L'esprit des lois.* Paris 1867.

ORBAN O., *Le droit constitutionnel de la Belgique* (3 vol.). Tome I 1906; tome II, Liège 1908.

ORESCO, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Roumanie.* Thèse: Paris 1929.

ORLANDO V. E., *Principes de droit public et constitutionnel.* Paris 1902.

PILOTY, *Verfassungsänderungen ohne Aenderungen der Verfassungsurkunde.* Deutsche Juristenzeitung 1923, 28. Jahrgang.

PLANTIE-CAZEJUS Armand, *La constitution de la Lettonie* (documents et commentaires). Thèse: Toulouse 1925.

PREUSS Hugo, *Verfassungspolitische Entwicklungen in Deutschland und Westeuropa.* Historische Grundlegung zu einem Staatsrecht der deutschen Republik. Berlin 1927.

REDSLOB Robert, *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789.* Leipzig 1912.

ROUSSEAU J.-J., *Du Contrat social ou Principes du droit politique,* 4^me^ édition. Paris 1868.

ROUZIER, *La constitution de la Lithuanie et le statut de Memel.* Thèse: Toulouse 1926.

SANTONY Auguste, *De la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires.* Thèse: Toulouse 1913.
SCHMITT Karl, *Verfassungslehre.* München und Leipzig 1928.
SIEYES Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?* Edition de Fr. Koppel, Dresde 1875.
SIMONS Walter, *Reichsverfassung und Rechtsprechung,* dans: Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft. Bd. 81, 1926.
SPIER Siegfried, *Das Problem der Verfassungsänderung.* Thèse Marburg, Cassel 1911.
VERDIER Abel, *La constitution fédérale de la République d'Autriche.* Thèse: Paris 1924.
VERMEIL Edmond, *La constitution de Weimar.* Strasbourg 1923.
WALDECKER Ludwig, *Allgemeine Staatslehre.* Berlin 1927.
YOVANOVITCH Nikodie, *Etude sur la constitution du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes.* Thèse: Paris 1924.
ZLATANOFF Emmanuel, *La constitution bulgare et ses principes.* Thèse: Paris 1926.
ZWEIG Egon, *Die Lehre vom Pouvoir constituant.* Tübingen 1909.

Table des Matières

page

Introduction 9

CHAPITRE PREMIER : Le concept révolutionnaire de la distinction 19

Section première : Les sources historiques et doctrinales 19

Section deuxième : Le concept révolutionnaire de la distinction 25

§ 1er : L'exposé du concept 25

§ 2me : Les conséquences du concept 30

Section troisième : Les déviations de la pratique . . . 36

§ 1er : Les motifs 36

§ 2me : La solution positive 42

CHAPITRE DEUXIEME : Le changement de concept aux temps modernes 45

Section première : Les sources historiques et doctrinales de la suprématie de l'organe législatif 47

§ 1er : Les sources historiques 47

A. La pratique française 47

B. La pratique allemande 52

§ 2me : La formule juridique 53

Section deuxième : La suprématie de l'organe législatif 57

§ 1er : Les régimes à organe spécial 58

A. La constitution française 58

B. La constitution bulgare 64

§ 2me : La suprématie de l'organe législatif dans le régime belge 66

page

§ 3me : La suprématie de l'organe législatif dans les pays à régime germanique 70
A. La constitution de Weimar 70
B. La constitution fédérale suisse 74
Section troisième : L'affaiblissement de la notion du pouvoir constituant 77

CHAPITRE TROISIEME : Les modalités et procédures du nouveau système 85
Section première : Le but de la procédure divergente . 85
Section deuxième : La différenciation procédurale . . . 90
§ 1er : L'immutabilité de la constitution 90
§ 2me : La révision par un organe distinct 92
A. Le cas spécial de la Bulgarie 92
B. La distinction nominale entre organe législatif et constituant 93
§ 3me : Le renouvellement de la législature 94
§ 4me : Le concours populaire 96
§ 5me : La majorité qualifiée 100
Section troisième : Le domaine constitutionnel 106
§ 1er : La déconstitutionnalisation des règles d'organisation des pouvoirs 107
§ 2me : Les principes supérieurs 110

CHAPITRE QUATRIEME : Raison positive, valeur pragmatique et contrôle de la distinction 115
Section première : La raison positive du concept . . . 115
Section deuxième : La valeur pragmatique du concept . 121
§ 1er : Les avantages 122
A. L'aspect psychologique 122
B. L'aspect juridique 127
§ 2me : Les critiques 128
A. Les critiques d'ordre doctrinal 129
B. Maniement incorrect 131
Section troisième : Le contrôle de la distinction 136
§ 1er : Historique du contrôle 137
§ 2me : La justification actuelle du contrôle 143

page

§ 3me : Les réalisations pratiques 149
A. Le contrôle par la voie d'exception 149
B. Le contrôle par la voie d'action 152
§ 4me : L'avenir du contrôle 157
A. La question du contrôle en France 157
B. La question du contrôle en Allemagne . . . 161
§ 5me : La conciliation du contrôle avec le principe de la suprématie de l'organe législatif 164

Conclusion 171
Bibliographie 175
Table des matières 181